<36630727540011

Handbuch

des

Allgemeinen Deutschen Handelsrechts

von

Christian Moritz Adolph Gad,
Doktor der Rechte und Kreisrichter.

Erster Theil:

Engeres Handelsrecht.

Berlin.
Verlag von E. H. Schroeder.
Hermann Kaiser.
Unter den Linden 41.
1863.

Seinem hochverehrten Vater,

dem Königl. Preuß. Geheimen Ober-Tribunals-Rath a. D.

Johann Wilhelm Gad

und

Seinem hochverehrten Schwiegervater,

dem Königl. Preuß. Geheimen Ober-Tribunals-Rath und Professor

Dr. August Wilhelm Heffter

in dankbarer Liebe

der Verfasser.

Vorwort.

In je schärferen Formen die Gesetzgebung ihren Willen ausprägt, mit desto glücklicherem Erfolge versieht die Wissenschaft ihr Amt, unter den einzelnen Vorschriften und mit den daneben gültigen Rechten die innere Verbindung herzustellen. Kein Gesetzbuch kann diese Arbeit der Wissenschaft entbehren, das Deutsche Handelsgesetzbuch am wenigsten. Dasselbe trifft Anordnungen, soweit sich auf dem Gebiete des Vertragsrechts die Einigung erstreckte. Einzelne Rechtsverhältnisse sind ausführlich erörtert. Bei diesen kommt es hauptsächlich auf das Verständniß des Gegebenen an und auf dessen Beziehung zu den höheren Begriffen. Bei anderen Rechtsverhältnissen wurde kein so vollständiges Einverständniß erreicht. In den allgemeinen Theil des Vertragsrechts griff das Gesetzbuch durch seine allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte ein; doch mußte es von einer planmäßigen

Regelung desselben Abstand nehmen. Hier liegt der Zusammenhang der einzelnen Sätze weniger zu Tage, und ist die Aufgabe schwieriger, das Gegebene als ein lebendiges Glied in den Organismus der Landesrechte einzufügen. Hier aber ist die Arbeit besonders dringend, denn sie allein ergiebt das durch Einführung des Gesetzbuches geschaffene Deutsche Handelsrecht, welches der Geschäftsmann, der Anwalt, der Handelsrichter anwenden soll. Im Geräusche des Marktes und der Gerichtsverhandlungen ist sie nicht auszuführen. Deshalb wird auch den Fachgenossen, obschon sie selbst an die Kunst der Rechtserforschung ihr Leben setzten, ein Handbuch nicht unwillkommen sein, welches das nunmehr geltende Handelsrecht auf knappem Raume zusammenfaßt.

Demselben Bedürfnisse zu entsprechen, welches durch Vereinbarung eines Deutschen Handelsgesetzbuches befriedigt werden sollte, habe ich die Einfügung des Gesetzbuches in die vier Hauptrechtssysteme Deutschlands, in das sogenannte gemeine, das altländisch Preußische, das Rheinische (Französische) und das Oesterreichische Recht unternommen. Die dabei sich zeigenden Gemeinsamkeiten durften als gemeines Deutsches Recht betrachtet werden. Sowohl diese, welche bisweilen hinter scheinbaren Abweichungen verborgen waren, als die anzuerkennenden Verschiedenheiten sind aufgesucht.

Das Gesetzbuch muß sich noch einbürgern. Deshalb habe ich mich dem Gange desselben so viel als möglich angeschlossen, auch die Belagsartikel am Rande angemerkt. Das Seerecht und Versicherungsrecht ist einem zweiten Theile vorbehalten.

Streitigen Fragen bin ich nirgends ausgewichen, aber ich habe sie meistens durch die Darstellung selbst beantwortet und, um die Handhabung des Buches zu erleichtern, eine Polemik vermieden, welche den inneren Zusammenhang nur hätte stören können. Dem Fachgenossen wird nicht entgehen, wo die Darstellung sich von den Anschauungen Anderer entfernt. Auch ist überall auf Quellen und neuere Literatur verwiesen.

Ueberzeugt, daß das Recht Gemeingut sei, und die Wahrheit sich selbst verdächtige, wenn sie hinter künstlichen Theorien sich dem allgemeineren Verständnisse entzieht, konnte ich mich mit keiner Auffassung begnügen, die sich nicht jedem gereifteren Urtheile zugänglich und einfach gestalten ließ.

Um der mir lieb gewordenen Sache willen wünschte ich meine Ziele nicht verfehlt zu haben. Auch wäre ich nicht gern weit hinter den Erwartungen derjenigen hohen Gönner und Freunde zurückgeblieben, denen ich eine bereitwillige Rücksichtnahme und Gewährung literarischer Mittel zu danken

habe. Ganz besonderen Dank schulde ich in dieser Beziehung Seiner Exzellenz dem Wirklichen Geheimen Rath, Herrn Grafen von Rittberg, dem hochverehrten Chef-Präsidenten des Königl. Appellations-Gerichts zu Glogau. Seine Exzellenz wolle dessen ehrerbietigsten Ausdruck hochgeneigtest genehmigen.

Sagan, im Januar 1863.

Gad.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

Zweiter Titel.

Dritter Titel.

Vierter Titel.

Fünfter Titel.

Sechster Titel.

Siebenter Titel.

Zweites Buch.

Von Handelsgesellschaften.

Drittes Buch.

Von der stillen Gesellschaft und von der Gelegenheitsgesellschaft.

Viertes Buch.

Von den Handelsgeschäften.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Zweiter Titel.

Vom Kauf.

Dritter Titel.

Von dem Kommissionsgeschäft.

Vierter Titel.

Von dem Speditionsgeschäft.

Fünfter Titel.

Von dem Frachtgeschäft.

Sechster Titel.

Einleitung.

1. Handel. Handelsstand.

§. 1. Die Herrschaft der Menschen über die Erdengüter ist getheilt. In dem Antheile des Einzelnen, seinem Vermögen, sind nicht alle einzelnen Güter vertreten. Sein Wunsch, statt solcher Güter, von denen er über Bedarf besitzt, andere zu erhalten, man sagt, wenn schon nicht vom ethischen Standpunkte, sein Bedürfniß, führt zum Austausch, zur Ausgleichung des Unterschiedes zwischen Bedürfniß und Befriedigungsmittel, das ist zum Handel. Der Einzelne müßte unverhältnißmäßige Opfer an Zeit, Geld und Arbeit bringen, wollte er den Austausch in jedem Falle selbst bewirken. Den Betrieb desselben übernimmt der Handelsstand als sein Gewerbe. Hiezu befähigt ihn die Handelswissenschaft. Sie lehrt ihn Kenntniß jenes Unterschiedes, der Befriedigungsmittel und der bequemsten Wege, sie zu erlangen.

2. Handelsrecht.

§. 2. Der Thätigkeit des Handelsstandes muß die ganze Welt geöffnet sein. Ueber Land und Meer streckt er die Arme, und sucht vertrauensvoll die Hand, die vertrauend in die seine einschlägt. Das Vertrauen rechnet zunächst auf das Wort des Mannes hüben und drüben. Sollte es aber getäuscht oder durch ein Mißverständniß erschüttert werden, so bedarf es einer schnellen Heilung. Das Handelsrecht gewährt dieselbe durch seine Bestimmungen, nach welchen die streitigen Verhältnisse geordnet werden, und durch Vorzeichnung der

Formen, in welchen die Ordnung herzustellen ist. Man nennt es Handelsvölkerrecht, sofern es den Handelsverkehr zwischen gesonderten Volks-Einheiten — Staaten —, oder doch nach anderen Staaten hin, betrifft, oder Handelsstaatsrecht, sofern es das Verhältniß der Handeltreibenden im eigenen Staate regelt, oder Privathandelsrecht, sofern es den Handel zwischen einzelnen Rechtspersönlichkeiten zum Gegenstande hat.[1]

3. Ein Deutsches Handelsgesetzbuch.

§. 3. Ein Handelsrecht mit derselben Rechtsübung für alle Völker würde zwar dem Zwecke am meisten entsprechen, ist aber bei der Verschiedenheit sittlicher Bildungsstufen unerreichbar. Selbst des Deutschen Vaterlandes Einigung auf diesem Rechtsgebiete fand große Schwierigkeiten. Das allgemeine Streben gewann die Unterstützung mehrerer Regierungen. Deren ausdauernde Bemühungen führten zunächst zur Vollendung eines wesentlichen Theils, der beinahe in ganz Deutschland[2] geltenden Wechselordnung, und sodann zu dem Bundesbeschlusse vom 17. April 1856, welcher die Bearbeitung eines Deutschen Handelsgesetzbuches durch eine Kommission aus allen Deutschen Staaten anbefahl. Diese berieth in Nürnberg, zeitweise in Hamburg, und es entstand nach mehrjähriger mühevoller Arbeit, in welcher wohlvorbereitete Sachverständige, Kaufleute, Gelehrte, Praktiker sich vereinigten, dasjenige Werk, welches nunmehr auf dem größten Theile Deutscher Erde unter dem Titel „Allgemeines Deutsches Handelsrecht" als Gesetz verkündet ist.[3] Bei der Verschiedenheit wissenschaftlicher und wirthschaftlicher Anforderungen von Staaten und Berufsklassen, welche sich gegenüber traten, war

---

1) Hiernach entscheidet sich, wohin die Sätze gehören: „die Flagge deckt die Ladung." Aktiengesellschaften können nur mit Genehmigung des Staates errichtet werden.

2) Ausgenommen Lippe-Schaumburg, Luxemburg und Limburg (vergl. Borchardt, A. D. W. Ord. zum Titel).

3) Durch Einführungsgesetze in

1. Preußen vom 24. Juni 1861,
2. Sachsen vom 30. October 1861,
3. Nassau vom 9. November 1861,
4. Bayern vom 10. November 1861.

eine Einigung nur durch allseitige Opfer ausführbar. Das schwerste muß noch erwartet werden von denjenigen Staaten, welche durch das Verfahren bei der dritten Lesung sich verletzt halten.[4]

4. Wirksamkeit des Deutschen Handelsgesetzbuches.

§. 4. Räumlich zu einer allgemeinen Geltung in Deutschland bestimmt, ist das Gesetzbuch im Verhältniß zum Inbegriffe der Rechte an sich ein besonderer Theil. Seiner Natur nach dem Handelsrecht gewidmet, beschränkt es sich im Ganzen auf das Privathandelsrecht, ohne jedoch Vorschriften des Prozesses und des öffentlichen Handelsrechtes völlig auszuschließen. Innerhalb seiner Grenzen hatte es die schwierige Aufgabe, das Bedürfniß der Rechtseinheit mit dem lebendigen Verkehre zu vermitteln, der in reger Fortbildung stets neue mannichfaltige Formen sucht. Die Lösung ist in Art. 1 gegeben:

> „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung."

5. Literatur.[5]

§. 5. Durch Nennung der bedeutenderen wissenschaftlichen Werke, welche dem Gesetzbuche vorgearbeitet haben, indem sie die Grundsätze des Handelsrechts läuterten und dem allgemeinen Rechtsbewußt-

---

4) Die Beschwerden sind zusammengestellt von Heinrich Thöl in seiner Schrift: Zur Geschichte des Entwurfs eines allg. Deutschen Handelsrechts. Göttingen 1861. Gerade daß dieser verehrte Lehrer des Handelsrechts, welcher um das vorliegende Gesetzbuch so große Verdienste hat durch eigene Theilnahme an den Berathungen, als Abgeordneter für Hannover und durch ausdauernde wissenschaftliche Pflege dieses Rechtsgebietes, unter den Gegnern ist, begründet die Hoffnung, daß vor der anerkannten Wichtigkeit des Gesammtwerkes die Bedenken im Einzelnen, wie die Schwierigkeiten, welche jenem schwersten, deshalb verdienstvollsten Opfer entgegenstehen, nicht unüberwindlich sein werden. — Vergl. auch die warme Empfehlung von Goldschmidt in seiner Zeitschr. 5, S. 225, welcher, wie seine früheren Kritiken beweisen, in sehr erheblichen Punkten von den Anschauungen des Gesetzbuches abwich.

5) Eine Geschichte der wissenschaftlichen Behandlung des Handelsrechts von Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 1, S. 1 ff.

sein zuführten, wird denselben nicht nur von der dankbaren Nachwelt ein Denkmal gesetzt; die Wissenschaft bedarf ihrer noch immer für das Verständniß dieser Grundsätze, welche überdies nur theilweis in dem Gesetzbuche einen Platz gefunden haben.

1. Dr. Arnold Heise hat, bevor er den Präsidentenstuhl in Lübeck einnahm, die wissenschaftliche Behandlung des Handelsrechts in Deutschland durch seine Vorträge auf der Universität Göttingen (1814—1817) hauptsächlich angeregt. Diese Vorträge sind unter dem Titel „Heise's Handelsrecht" im Jahre 1858 zu Frankfurt a. M. herausgekommen.[6]

2. Das Lehrbuch des Dr. Bender, Großherzogl. Hessischen Hofgerichts-Advokaten und Privatdozenten zu Gießen, Grundsätze des Deutschen Handlungs-Rechts (Darmstadt 1824—1828), ist ihm gewidmet.

Mit diesem beginnt die Reihe selbstständiger Werke des gesammten Privathandelsrechts. Von solchen erschienen seitdem

3. Dr. Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts (Hamburg 1828—1834);

4. Dr. H. Thöl, Professor der Rechte, Das Handelsrecht (Dritte Auflage, Göttingen 1854);

5. Dr. C. H. L. Brinkmann, Dozent der Rechte, Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von W. Endemann, Assessor am Obergericht zu Fulda (Heidelberg 1853—1860).[7]

Auch nahmen seitdem die Lehrbücher des Deutschen Privatrechts das Handelsrecht als einen Theil mit auf, so Eichhorn, Phillips, Mittermaier, Mauernbrecher, von Gerber, Hillebrand, Bluhme, Beseler, Bluntschli.

Die Zeitschriften wandten sich gleichfalls dem neuen Lehrgegenstande zu, so Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen (1827—1830); aber erst seitdem das Bedürfniß nach einer gemeinsamen Gesetzgebung der Befriedigung näher rückte, wurde auch das

---

6) Kritik bei Goldschmidt 2, S. 458.

7) Kritik bei Goldschmidt 4, S. 467. Der durch vielseitige wissenschaftliche Leistungen rühmlichst bekannte Herr Bearbeiter der Fortsetzung ist jetzt Doktor und Professor der Rechte, Ober-Appellationsgerichtsrath zu Jena.

Bedürfniß nach Zeitschriften fühlbar, welche diesem wichtigen, durch Neugestaltungen im Verkehre stets neue Reize gewinnenden Gegenstande sich ausschließlich widmeten, und den Stimmen der Wissenschaft einen freieren Raum eröffneten. Mit dem siebenten Jahrgange von 1858 dehnte sich das in Leipzig herauskommende Archiv für Deutsches Wechselrecht von Eduard Siebenhaar, Ober-Appellationsgerichtsrath zu Dresden, und Dr. Theodor Tauchnitz, Appellationsgerichtsrath zu Leipzig, auf das Handelsrecht aus.

Im Jahre 1858 begann in Hamburg das neue Archiv für Handelsrecht von Dr. J. F. Voigt, Ober-Appellationsgerichtsrath zu Lübeck, und dem inzwischen verstorbenen Dr. E. Heinichen, Präses des Handelsgerichts zu Hamburg, jetzt weitergeführt von Voigt und Dr. H. G. Heineken, Direktor des Handelsgerichts zu Bremen, im Jahre 1858 auch die Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht in Erlangen von Dr. L. Goldschmidt, Professor der Rechte zu Heidelberg.

Von den zahlreichen Schriften, welche einzelnen handelsrechtlichen Land- oder Sach-Gebieten angehören, und theils selbstständig, theils in anderen Zeitschriften zerstreut, erschienen sind, werden die hauptsächlichsten neueren im Verlaufe der Darstellung soweit angeführt werden, als in den Grenzen eines Handbuchs erlaubt erscheint. Eine vollständige Uebersicht der sehr umfangreichen neueren Literatur bringt planmäßig die Goldschmidtsche Zeitschrift.

Auch die eigentliche Literatur des Handelsgesetzbuches hat keinen geringen Umfang mehr. Die Entwürfe selbst, denen Motive beigegeben sind, müssen als wissenschaftliche Arbeiten betrachtet werden.

Dem Württemberger Entwurfe (Stuttgart 1839. 40) folgten der im Jahre 1849 von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Kommission ausgearbeitete (Frankfurt a. M. 1849), vier Oesterreichische (Wien 1849—1857) und der Preußische (Berlin 1857). An den letzten, weil ausgedehnteren als die Oesterreichischen Entwürfe, lehnte sich die Berathung an. Es folgten die Protokolle von Nürnberg und Hamburg[8] und wissenschaftliche Beurthei-

[8]) Amtlicher Abdruck in zehn Foliobänden und vier Beilageheften. Privat-Ausgabe mit Register in drei Theilen von J. Lutz, erstem Sekretair der Berathungs-Kommission (Würzburg von 1858 ab. gr. 8).

lungen der Entwürfe,[9] sodann die Berichte der einzelnen Landtags-kommissionen.

Die Verkündigung des Handelsgesetzbuches rief verschiedene mit Anmerkungen versehene Privatausgaben hervor. Einige derselben schöpfen lediglich aus den Protokollen und den Kommissionsberichten; bei dem großen Umfange und dem hohen Preise der Materialien eine ganz dankenswerthe Arbeit. Dahin gehören die Ausgaben von

1. B. Schilling, Advokat-Anwalt (Elberfeld 1861),
2. H. Makower und S. Meyer, Gerichts-Assessoren (Berlin 1862),
3. R. Weinhagen, Rechtsgelehrten (Köln 1862), sowie
4. eine anonyme (Berlin 1862. Allgemeine Deutsche Verlags-Anstalt).

Abweichend schließt Julius Maaßen, Advokat, in seiner Ausgabe mit Erläuterungen (Köln 1862) die Berufung auf die Vorberathungen absichtlich aus.

Zwischen diesen beiden äußersten Richtungen in der Mitte steht das neueste, noch unvollendete Werk:

Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch außer dem fünften Buche vom Seehandel und das Preußische Einführungsgesetz nebst den wesentlichsten Stellen der Vorarbeiten zu beiden Gesetzen und erläuternden Anmerkungen von Rudolf v. Kräwel, Appellationsgerichtsrath zu Naumburg (Halle 1862).

Angekündigt, aber noch nicht erschienen ist eine Ausgabe mit Erläuterungen von Dr. C. F. Koch, Fürstenthums-Gerichtsdirektor a. D. zu Neiße.[10]

Eine selbstständige Ueberschau der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere in Beziehung zum Preußischen Rheinland, enthält die Schrift von R. Weinhagen: Das Neue Preußische Handelsrecht

---

[9]) Dieselben sind von Goldschmidt in einem Anhange zu seinem an das Badische Ministerium erstatteten Gutachten über den Entwurf zweiter Lesung (Beilageheft zu Bd. 3 seiner Zeitschr.) unter 24 Nummern aufgeführt.

[10]) Andere Ausgaben, ohne Anmerkungen, aber mit Einarbeitung der Einführungsgesetze und Instruktionen, bei Goldschmidt 5, S. 645. Ein alphabetisches Verzeichniß der Bestimmungen des Deutschen Handelsgesetzbuches von Hungar, Bezirksgerichtsrath in Zittau, beginnt so eben zu erscheinen.

in seinen wesentlichen Bestimmungen zum praktischen Gebrauche dargestellt (Köln 1862. 108 S. 8.), und in Beziehung zum Sächsischen Rechte die Schrift von Bernhard Miller, Rechtsanwalt in Dresden: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Ein Wegweiser für Kaufleute und Gewerbetreibende (Leipzig 1862. 101 S. 8.).

Wissenschaftliche Arbeiten über einzelne Abschnitte werden bei diesen angeführt.

6. Oeffentliche Anstalten zur Beförderung des Handels.

§. 6. Unter dieser Ueberschrift sind seit dem Grundrisse des Handelsrechts von Martens und seit den Vorlesungen von Heise, wiewohl von Letzterem bereits nicht unbeanstandet, häufig in den Lehrvorträgen über Privathandelsrecht mehr oder minder ausführlich einzelne öffentliche Anstalten besprochen worden, denen man vorzugsweise eine Beförderung des Handels zuschrieb. Inwiefern sie hierzu von Nutzen sind, hat die Volkswirthschaftslehre zu beurtheilen. Dem öffentlichen Handelsrechte und der Handelswissenschaft gehören sie an, mögen sie als Handelsschulen zunächst der Ausbildung des Kaufmanns, als Handelskammern nach französischem Muster der Kundmachung von Bedürfnissen des Handelsstandes an die Regierungen, als Sammelplätze (Messen, Märkte, Börsen) oder Verkehrsmittel (Banken, Münzen, Telegraphen) dem bequemeren Umsatze, oder als Handelsgerichte zum Schutze der abgeschlossenen Geschäfte dienen. Diese Beispiele zeigen, auf welche entlegenen Gebiete eine nur annähernd erschöpfende Beschreibung der einzelnen Anstalten führen müßte. Uebersehen lassen sie sich ohnehin nur bei Darstellung des Staatsverwaltungsrechts, weil der Handel fast alle öffentliche Einrichtungen, wenn sie auch ursprünglich nicht seiner besonderen Pflege gewidmet waren, in seine Berechnung zieht, und gerade solche oft mit größerem Erfolge ausbeutet, als die für ihn geschaffenen, bei denen die Fürsorge des Staates leicht durch Anweisung einer bestimmten Richtung die seinem Gedeihen unentbehrliche Freiheit hemmt. Daher werden nur einzelne jener Anstalten, wo sie das Privathandelsrecht berühren, eine gelegentliche Erwähnung finden.

7. Handelsgeschäfte und Handelssachen.

a) Handelsgeschäfte.

§. 7. Alle Willenserklärungen, welche Entstehung oder Aenderung von Rechtsverhältnissen bezwecken, sind Rechtsgeschäfte.[11] Als eine Art derselben erscheinen diejenigen, bei denen verschiedene selbstständige Willen sich zu einem Schlusse vereinigen (Verträge), als eine Unterart solche, bei denen die Absicht jedes Theils auf seinen Vortheil gerichtet ist (lästige Verträge im Gegensatz zu wohlthätigen). Lästige Verträge[12] zur Ausgleichung des Unterschiedes zwischen Bedürfniß und Befriedigungsmittel sind Handelsgeschäfte, mögen sie unmittelbar diesem Zwecke dienen, indem sie den Erwerb oder die Veräußerung des Befriedigungsmittels zum Gegenstande haben, oder mittelbar als Hülfsgeschäfte, welche jene Ausgleichung vermitteln, befördern, sichern.[13]

I.

Bei einigen Geschäften liegt die Beziehung zum Handel in ihrer Natur. Deshalb sind Handelsgeschäfte:

271 1. der Kauf oder die anderweite Anschaffung[14] von Waaren oder

---

11) Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 33. v. Savigny, Syst. III, §. 104. Sintenis §. 19.

12) Koch, Recht der Ford. II, §. 69. Auch bei den Nürnberger Berathungen ist man davon ausgegangen, daß das Charakteristische des Handels die Vermittelung zwischen Produzenten und Konsumenten in Verbindung mit einer auf Spekulation und Erwerb gerichteten Absicht sei (Kommissionsbericht des Pr. Herrenhauses S. 360).

13) Brinkmann, H. R. §. 2.

14) Daß Diebstahl an solchen Waaren kein Handelsgeschäft darstellt, ist einleuchtend, weniger vielleicht, daß es dennoch ein Handelsgeschäft ist, wenn Jemand die Waare, z. B. Wild, für sich stehlen läßt, um sie zu verkaufen. Der Unterschied liegt in der Absicht des Anschaffenden. Im zweiten Falle ist diese auf Begründung eines Rechtsgeschäfts gerichtet, im ersten nicht (v. Savigny a. a. O.). Ob das Geschäft ein erlaubtes, ob es strafbar, ob es klagbar sei (§. 7 Inst. de mandato, l. 22, §. 6 Dig. mdti. [17, 1]; §§. 35. 36, Tit. 3, Th. I. A. L. R.; Art. 1108. 1131. 1133 C. c.; §. 1174 Oesterr. G. B.), ist einflußlos für Feststellung des Begriffes. Diese ist nicht allein aus wissenschaftlichem, sondern aus dem sehr eingreifenden Grunde von Bedeutung, weil sich danach die Zuständigkeit des Handelsgerichts bestimmt. Erkenntnisse nicht zuständiger Gerichte sind nichtig.

anderen beweglichen[15] Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren,[16] um[17] dieselben weiter zu veräußern;[18] es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder andere bewegliche Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung[19] weiter veräußert werden sollen;

---

15) Unbewegliche Sachen sind, wie bisher, ausgeschlossen (Art. 275). Die Gesetzgebung hat den zum Gegenstande der Spekulation gewordenen Umsatz von Grundstücken aus wirthschaftlichen Gründen nicht von erschwerenden Förmlichkeiten befreien und nicht fördern können.

16) Alle die aufgeführten Gegenstände sind bisher Waaren genannt worden, sofern sie dem Handel dienten, wenn auch Seitens des Erwerbes oder des Veräußerers allein. Treitschke, Kf. §. 1. Thöl, H. R. §§. 51. 63. Brinkmann, H. R. §. 2 Nr. 7. §. 4. Die Motive Nr. 5 u. 102 theilen diesen Sprachgebrauch. Durch die Nebeneinanderstellung dieser Gegenstände und der Waaren ist eine andere Begriffsbestimmung eingeführt. Die Nebeneinanderstellung wiederholt sich, wo die Betrachtung vom Veräußerer ausgeht (Art. 273). Es bleibt also nichts übrig, als unter Waaren zu verstehen diejenigen beweglichen Sachen, mit welchen gewöhnlich Handel getrieben wird. Ausgeschlossen sind z. B. die alten Schränke, welche der Antiquitätenhändler aus verschiedenen Haushaltungen zusammenkauft.

17) Nicht zutreffend erscheint die Bemerkung der Motive S. 103: „Es versteht sich von selbst, daß jene Absicht beim Abschluß des Geschäfts äußerlich erkennbar geworden sein muß, um das Geschäft zu einem Handelsgeschäfte zu machen." Die Absicht macht das Geschäft zum Handelsgeschäft, das Hervortreten derselben ist nur zum Beweise erforderlich. Auch das nicht überall: z. B. zwei Brüder in Wetzlar kaufen 5 mille xy-Aktien. Die Papiere fallen, die Brüder zahlen nicht. Ist das Geschäft auf Seiten der Brüder ein Handelsgeschäft, so haften sie solida- 277
risch, sonst steht ihnen der Einwand der Theilung zu. Verkauft haben sie nicht, 280
aber die Absicht können sie gehabt haben, und diese entscheidet. Muß nun der Dritte die Absicht beweisen? Nein. Das Gesetz nimmt selbst an, daß Aktien für den Handelsverkehr bestimmt sind. Hier, wie bei anderen in dieser Beziehung gleichgestellten Werthpapieren, ist also die Vermuthung für die Absicht des Verkaufes. Die Brüder müßten beweisen, daß sie die Absicht nicht gehabt. In allen übrigen Fällen freilich ist keine Vermuthung für jene Absicht. Hier hat also, wer jene Absicht behauptet, Umstände nachzuweisen, aus denen sie geschlossen werden muß; z. B. der Verklagte habe zwanzig alte Schränke zusammengekauft, und nur eine kleine Wohnung.

18) Veräußerung (alienatio), erklärt bei v. Savigny, Syst. IV, §§. 145 ff. Sintenis §. 23 Nr. 6, schließt die Vermiethung nicht ein (Prot. 1289).

19) Man verstand früher unter eigentlichem Handel den Umsatz der Waaren in wesentlich unveränderter Form, stellte ihm aber „uneigentlichen Handel" zur Seite (Thöl, H. R. §§. 12. 13) und den Kaufleuten Diejenigen gleich, welche an-

2. die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziffer 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft;[20]
3. die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie;[21]
4. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See und das Darleihen gegen Verbodmung.

II.

Bei anderen Geschäften ergiebt sich deren Beziehung zum Handel und demnach deren Eigenschaft als Handelsgeschäfte erst daraus, daß
272 sie von demjenigen, der sie abschließt, gewerbsmäßig betrieben werden. Unter dieser Voraussetzung gelten als Handelsgeschäfte:[22]

1. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht;[23]
2. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;

---

geschaffte Stoffe gewerbsmäßig verarbeiten und sodann veräußern, wie Fabrikanten und Apotheker (Motive S. 6, A. L. R. §§. 473 ff., 483, Tit. 8, Th. II). Es schien also natürlich, derartige Geschäfte ohne Unterschied als Handelsgeschäfte zu bezeichnen. Jetzt sind Apotheker zu den Kaufleuten zu rechnen. Voigtel in der Deutschen Ger. Z. 1862. S. 148.

[20]) Der Gutsbesitzer also, welcher selbstgebautes Getreide oder Spiritus aus selbstgezogenen Kartoffeln veräußert, schließt kein Handelsgeschäft (Motive S. 5, Prot. S. 1291).

[21]) Der Versicherer übernimmt die Pflicht, das bei eintretendem Schaden entstehende Bedürfniß zu decken, darum ist Versicherung kein bloßes Hülfsgeschäft, sondern ein selbstständiges Handelsgeschäft, auch in den Fällen, da sie nicht zur Beförderung eines andern Handelszweiges erfolgt. Die gegenseitige Versicherung ist ausgeschlossen, „weil dieselbe keine Handelsspekulation zum Gegenstande habe" (Motive S. 7. 104). Richtiger zählt das Holländische Handels-G.-B. Art. 4 Nr. 10 auch die gegenseitige Assekuranz zu den Handelsgeschäften.

[22]) Die große Verschiedenheit der Gesetzbücher bei Aufzählung solcher Handelsgeschäfte zeigt, wie schwer hierbei den Anforderungen des täglichen Lebens gegenüber allgemeine wissenschaftliche Gesichtspunkte festzuhalten waren, denen die einzelnen Geschäfte sich gleichmäßig unterordneten. Vergl. die Zusammenstellung im H. R. von Thöl §. 13 und Brinkmann §. 2 V.

[23]) Die Feststellung der Grenze ist für jeden einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen. Vergl. unten §. 9.

3. die Geschäfte des Kommissionärs (Art. 360), des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten;[24]
4. die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen[25] Geschäfte des Handelsmäklers sind jedoch hierin nicht einbegriffen;
5. die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen[26] Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmäßiger ist.

III.

Alle einzelnen Geschäfte endlich, auch die im Art. 272 genannten, 273
sind als Handelsgeschäfte anzusehen, wenn ein Kaufmann sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt.[27] Die Vermuthung spricht
dafür,[28] und kann bei Schuldscheinen, die ein Kaufmann ausgestellt, 274
nur aus dem Inhalte des Scheines selbst entkräftet werden.[29]

---

24) Durch das Wort „Anstalten" sollte auf einen größeren Umfang des Betriebs und eine mehr kaufmännische Betriebsart hingewiesen werden. Prot. S. 1294.

25) Der Mäkler gilt als Beamter und darf keine Handelsgeschäfte für eigene Rechnung machen. Deshalb schien es angemessen, auch seine Vermittelung nicht als Handelsgeschäft zu betrachten, zumal auf diese die Vorschriften über den Handelsbetrieb z. B. wegen der Zinsen nicht passen. Prot. S. 5064.

26) Die Protokolle S. 1296 zeigen, daß unter den sonstigen Geschäften der Sortimentsbuchhandel und der Verlag von Zeitungen, Journalen, Zeichnungen, Musikalien und Kunstwerken aller Art verstanden wurde. Das buchhändlerische Kommissionsgeschäft, von welchem im Prot. S. 535 die Rede ist, gehört auch zu den Geschäften in Nr. 3.

27) Die Geschäfte, welche ein Kaufmann für den eigenen Haushalt abschließt, gehören nicht zu seinem Handel (Motive S. 102). Es müssen aber hierher gezählt werden nicht allein die nach Außen gerichteten Rechtsgeschäfte, durch welche der Gewerbebetrieb unmittelbar ausgeübt wird, sondern auch diejenigen, welche diesen Betrieb vorbereiten und unterstützen, z. B. Annahme von Gehülfen, Ankauf von Gefäßen u. s. w. Miethe von Lagerräumen ist ausgeschlossen durch Art. 275.

28) Ist hergebrachtes Recht. Brinkmann, H. R. §. 2 Nr. 9.

29) Dies entspricht der Natur des kaufmännischen Schuldscheins als eines negotiablen Papiers (Art. 301). Gestritten wurde bereits bei der Berathung (Prot. 1298), ob der Gegenbeweis geführt sei, wenn der Kaufmann nicht seine Firma, sondern seinen anders lautenden Namen unterzeichnet habe. Nach Art. 15 ist zu bejahen.

Weiterveräußerung von Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapieren, welche ein Kaufmann zu seinem Gewerbebetrieb abschließt, gehört unzweifelhaft zu den Handelsgeschäften. Das Gesetzbuch sagt dies ausdrücklich, um die Ausnahme[30] anzuschließen:

> Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen
> 273 werden, sind, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten.

Den vorgetragenen Bestimmungen, wonach ein Geschäft rücksichtlich des einen Theils allein, oder rücksichtlich beider Theile ein Handelsgeschäft sein kann, entspricht die begriffsmäßige Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften. Dieselbe war gegen den erhobenen Widerspruch festzuhalten, doch ist den Gründen, auf welchen dieser beruhte, durch die Anordnung Folge gegeben, daß die gesetzlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte stets auf beide Kon-
277 trahenten gleichmäßig anzuwenden sind, sofern diese Vorschriften sich nicht selbst auf denjenigen Kontrahenten beschränken, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist.

11 Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts ist
276 davon unabhängig, daß bei dessen Abschluß einer der Kontrahenten ein seine Person betreffendes Verbotsgesetz übertrat.

b) Handelssachen.

1 §. 8. Das Gesetzbuch hat die Erklärung des Begriffes „Handels-
9 sachen", obwohl es wichtige Folgen an denselben knüpft, der Wissen-
31 schaft überlassen. Von seinem Standpunkte müssen darunter alle Rechtsverhältnisse des Privatrechts verstanden werden, welche durch den Handel hervorgerufen sind. Diesem Begriff entsprechend bezeichnet das Preußische Recht,[31] für welches eine genaue Abgrenzung von

---

[30]) Eine Ausnahme, weil auch solche Handwerker nach Art. 4 u. 271 Nr. 1 als Kaufleute betrachtet werden müssen.

[31]) Das Preußische Einführungsgesetz Art. 2 ging bei seiner Zusammenstellung von der Bedeutung des Begriffes „Handelssachen" in Art. 1 aus; das Bayerische Einführungsgesetz von dem Bedürfniß, die Zuständigkeit der Handelsgerichte zu bestimmen (Art. 62). Deshalb rechnet dieses zu den Handelssachen in Art. 63 außer den Rechtsverhältnissen, welche es im Resultate übereinstimmend mit dem Preußischen Entwurf bezeichnet, noch gewisse Geschäfte des Gerichts: Nr. 7. Die Auf-

besonderer Wichtigkeit war,[32] als Handelssachen diejenigen Rechtsangelegenheiten, welche eins der folgenden Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande haben:

1. das Rechtsverhältniß, welches aus Handelsgeschäften (Art. 271 bis 273) zwischen den Betheiligten entsteht;
2. die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgewerbes, sowie zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10), sowohl während des Bestehens, als nach Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses, ingleichen das Rechtsverhältniß zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder den Mitgliedern derselben;
3. das Rechtsverhältniß, welches das Recht zum Gebrauch einer Handelsfirma betrifft;
4. das Rechtsverhältniß, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäftes zwischen den Kontrahenten entsteht;
5. die Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handlungsbevollmächtigten oder dem Handlungsgehülfen und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung, sowie das Rechtsverhältniß zwischen einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55);

---

sicht über die Mäkler, Dispacheurs und Güterbestätter in Bezug auf ihre Berufsgeschäfte, so wie deren Bestrafung wegen Pflichtverletzungen. Nr. 10. Veräußerung von beweglichen Sachen und Werthpapieren auf einseitigen Antrag eines Betheiligten. Nr. 11. Führung der Handelsregister und alle durch Bestimmung des Gesetzbuchs dem Handelsgerichte überwiesenen Handlungen und Rechtsangelegenheiten. — Vergl. Sächsisches Ges. über Einrichtung der seit 1. März 1862 in Wirksamkeit getretenen 16 Handelsgerichte. Oesterr. Patent v. 20. Nov. 1852 §§. 57 ff.

[32]) Weil sich danach unentbehrliche prozessualische Vorschriften z. B. in Bezug auf Zuständigkeit der Handelsgerichte, wie Beweisregeln richten müssen, und die durch das Handelsgesetzbuch herbeigeführte Aufhebung bestehender Gesetze nur durch Zugrundelegung eines festen Begriffs zu regeln ist (vergl. Art. 1 H. G. B. und dagegen §§. 3. 60 Einl. zum A. L. R. Vergl. Art. 14. 47. 48. 50. 60. Nr. 3 Einf. Ges. und Motive zu Art. 2).

6. das Rechtsverhältniß, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers zwischen diesem und den Parteien entsteht;
7. die Rechtsverhältnisse des Seerechts, insbesondere diejenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondent-Rheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth, und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

I. Begriffsbestimmung.

§. 9. Als **Kaufmann** im Sinne des Gesetzbuches ist an- 4
zusehen, wer **gewerbsmäßig Handelsgeschäfte** betreibt.[1]

Der Umfang des Betriebes hat auf die Begriffsbestimmung keinen unmittelbaren Einfluß, ist aber in doppelter Beziehung von Wichtigkeit.

1.

Gewisse Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte nur, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Wer also solche Geschäfte in geringerem Umfange betreibt, ist kein Kaufmann.

---

[1]) Die Begriffsbestimmung des Preuß. Landrechts (§. 475, Tit. 8, Th. II) war hinter den Anforderungen der gegenwärtigen Verkehrsverhältnisse zurückgeblieben; man hatte deshalb bereits in dem Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 (§§. 259—262) und in der Konkursordnung vom 5. Mai 1855 (§§. 80. 113. 114. 116. 308. 310. 319. 432) die Bezeichnung Handelsleute vorgezogen (Bericht der Kommission des Herrenhauses S. 359). Jetzt, nachdem die Begriffsbestimmung den neuesten Bedürfnissen gemäß erweitert ist, war es geboten, sie in den angeführten Gesetzen an die Stelle der Bezeichnung „Handelsleute, Fabrikbesitzer und Schiffsrheder" treten zu lassen. Pr. Einf. Ges. Art. 18. 31. Vergl. Art. 52. Weder der unmündige Erbe einer Handelsniederlassung, noch der Verwalter derselben ist Kaufmann, denn außer dem selbstthätigen **Betreiben** gehört zum Begriffe, daß die Handelsgeschäfte im Gewerbe, also für Rechnung des Betreibenden geschlossen werden. Wer aus der Verwaltung von Handelsniederlassungen für Andere ein Gewerbe macht, ist ebenso wenig Kaufmann. Dergleichen Verwaltungen umfassen zwar Handelsgeschäfte, sind aber nicht selbst als solche zu betrachten.

2.

10 Von den Vorschriften über Firmen, Handelsbücher und Prokuren sind ausgenommen:

Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe und solche Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, z. B. Höker, Trödler, Hausirer, Wirthe, Fuhrleute, Schiffer.

Als Kaufleute zu betrachten und den Vorschriften über Handelsgeschäfte unterworfen sind auch diese. Hierdurch erklärt sich, weshalb Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, insoweit dieselben nur in Ausübung des Handwerks geschehen, nicht als Handelsgeschäfte gelten, eine ähnliche Bestimmung in Betreff des Einkaufs aber unterblieben ist.

271 Dadurch daß Jeder, der gewerbsmäßig Waaren zur Verarbeitung einkauft, als Kaufmann gilt, z. B. der Schuhmacher wegen seiner Lederkäufe, ist dem Verkäufer die Rechtsverfolgung wesentlich erleichtert; angemessen aber war es, auf den kleinen Verkehr des Handwerkers mit seinen Kunden die Regeln des Handelsgesetzbuches nicht anzuwenden.

Den Landesgesetzen ist vorbehalten, jene Klassen genauer abzugrenzen. Wo dies nicht geschehen, muß die Feststellung des Geschäftsumfanges in jedem einzelnen Falle der Rechtsübung überlassen bleiben.[2] Verschiedenheiten sind allerdings nicht zu vermeiden. Sie liegen zwar zum Theil in der natürlichen Mannichfaltigkeit örtlicher Verhältnisse, doch nicht minder in dem freien Spielraum richterlichen Ermessens. Dieses ist sogar, je nach Verschiedenheit der thatsächlichen Unterlagen, genöthigt, dieselben Personen verschieden zu beurtheilen.

---

[2]) In Preußen verweist die Instruktion des Justizministers auf das Gewerbesteuergesetz vom 19. Juli 1861 (G. S. S. 697) als einen Anhalt, da unter den Art. 10 jedenfalls die in Klasse B besteuerten Personen zu rechnen sein würden. Von diesen sagt das angezogene Gesetz: In der dritten Klasse — Klasse B — sind die Handelsgeschäfte der geringsten Art, mit Einschluß der nicht handwerksmäßigen Anfertigung von Waaren auf den Kauf, zu veranlagen, wie diejenigen der Höker, Trödler, Viktualien-, Obst- und Gemüsehändler und die diesen ähnlichen Gewerbe. Wird jedoch ein Gewerbe der zuletzt gedachten Art in einem für dasselbe ungewöhnlich erheblichen Umfange betrieben, so erfolgt dessen Veranlagung in einer der Klassen A.

Die erste Entscheidung über den Geschäftsumfang geschieht bei Führung des Handelsregisters. Für Personen, welche nicht als Kaufleute gelten, oder nur einen geringen Betrieb haben, ist dasselbe nicht bestimmt, doch wird die Anmeldung einer Firma kaum zurückgewiesen werden können, denn wer seinen geringen Betrieb zu einer größeren Handelsniederlassung erweitern, oder eine solche neu errichten will, bedarf hierzu der Eintragung in das Register. Hierdurch erhält das Unternehmen, wenn schon nicht seine rechtliche Begründung, doch seine Empfehlung nach Außen hin. Die Anmeldung wird also erfolgen, bevor die Geschäfte begonnen haben, und deren Umfang dem Richter erkennbar geworden ist. Zuverlässige Anhaltspunkte fehlen nicht, wenn Jemand zur Eintragung genöthigt werden soll, auch wird das natürliche Streben des Kaufmanns nach Erweiterung des Kredits ihn abhalten, sein Geschäft fälschlich als gering zu bezeichnen.

Die Streichung einer Firma bei zeitweiser Beschränkung des Geschäfts ist gegen den Willen des Inhabers unzulässig. Beschränkung des Umsatzes kann auf kaufmännischer Spekulation beruhen, und eine plötzliche Streichung der Firma würde den Kredit derselben vielleicht gerade in dem Augenblicke vernichten, in welchem sie denselben am meisten rechtfertigt. Die Eintragung eines Prokuristen ist von der vorherigen Eintragung des Geschäftsinhabers abhängig.

Im Prozesse wird die Entscheidung von großer Wichtigkeit, insbesondere wenn von dem Geschäftsumfange einer Partei abhängt,
welches Gericht zuständig und welches Gesetzbuch anzuwenden, aber 273
auch wenn es sich darum handelt, ob eine Partei von den Vor- 10
schriften über Firmen, Prokuren und Handlungsbücher ausgeschlossen sei. Hierbei gilt gegen eine Partei deren Erklärung vor der das Handelsregister führenden Behörde, wenn nicht als Geständniß, doch als ein erhebliches Beweismittel. Der Gegenpartei kann daraus ein Nachtheil nicht erwachsen; ebenso wenig daraus, daß demnächst die Eintragung geschehen oder unterlassen ist.

In jedem Falle werden dem Prozeßrichter die Thatsachen, welche für die beiderseitigen Anführungen sprechen, vorzutragen und nachzuweisen sein.

Die Entscheidung ist ferner unerläßlich, wo der kaufmännische Konkurs von dem gemeinen sich durch Voraussetzungen, Verfahren

und Rechtsverhältnisse unterscheidet,[3] bei Eröffnung des Konkurses.

Hier muß dem Richter ein freier Einblick in den gesammten Geschäftsverkehr des Gemeinschuldners eröffnet sein. Nicht beschränkt auf die vorzulegenden Bücher und Papiere, welche nicht selten unordentlich geführt sein werden, kann er von Amtswegen jede erforderliche Auskunft suchen.

Endlich ist diese Entscheidung auch dem Strafrichter geboten, wo Kaufleute mit besonderen Strafen des Bankeruttes bedroht sind.[4] Hier wird die förmliche Eröffnung des Konkurses vorausgesetzt.

Bisher ist keine jener Entscheidungen an eine der übrigen gebunden. Die daraus erwachsende Rechtsunsicherheit läßt sich vermindern, wenn das Gesetz

1. dem Beschlusse über Eröffnung des kaufmännischen Konkurses für das Strafverfahren die Kraft einer maßgebenden Feststellung beilegt,
2. im Prozesse die Streitfrage über den Umfang des Geschäftsbetriebes einer Person an deren ordentliches Handelsgericht verweist, unbeschadet des Gerichtsstandes im Uebrigen.[5]

II. Persönliche Befähigung.

1. Im Allgemeinen.

§. 10. Dem Handelsstande ist die deutsche Anschauung geläufig, das Vermögen des Kaufmanns als die arbeitende Macht und die Person des Inhabers nur als vorübergehenden Träger zu betrachten.

Persönliche Eigenschaften können hiernach auf den Begriff des Kaufmanns keinen wesentlichen Einfluß üben. Jedes Rechtssubjekt,
5 möge dasselbe durch eine oder mehrere Personen gebildet werden,

---

3) Pr. Konkurs-Ord. §§. 113. 115. 119. 319. C. d. c. art. 437. Pr. Einf. Ges. Art. 31.

4) Pr. Strafgesetzb. §§. 259 ff. Württemberg. Art. 364 ff. Hannov. Art. 220. 221. Gr. Hess. Art. 403 ff. Baden. §. 467.

5) Für Nr. 1 Gad, zur Bestimmung der Grenzen bei Gruchot 5, S. 416, besonderer Abdruck S. 60. Für Nr. 2 ist auf die Motive des Pr. Entw. S. 544 zu verweisen, worin anerkannt wird, daß das Handelsgericht über diese Streitfrage am besten urtheilen könne. Auf demselben Gedanken beruht §. 32 des Braunschweigischen Gesetzes vom 28. December 1850.

ohne Unterschied des Geschlechts und Alters, kann im Sinne des Handelsrechts als Kaufmann gelten, sofern es nur einer selbstständigen Willensäußerung fähig ist, wie solche zum Abschluß von Verträgen nach den Gesetzen seines Wohnsitzes,[6] in dessen Ermangelung nach den Gesetzen seines Geburtsortes erfordert wird. Dem Gehorsam gegen seine Landesgesetze, welche aus Gründen der Gewerbe-
Polizei oder der Gewerbe-Steuer den Beginn oder die Fortsetzung 11
eines kaufmännischen Betriebes von gewissen Bedingungen abhängig machen,[7] ist dadurch Niemand enthoben.

Deshalb hat auch jede landesrechtliche, gewissen Klassen den Handelsbetrieb verbietende Bestimmung noch fernere Gültigkeit.[8]

2. Hindernisse der Handlungsfähigkeit.

a. Jugend.

§. 11. Nur allmählig wächst der Mensch, und zwar jeder in eigenthümlicher Entwickelung, zum vollen Vernunftgebrauche heran. Wann diese soweit vollendet sei, um Jemanden zu dieser oder jener Hand-

---

[6]) Daß in dieser Beziehung die sogenannten Personalstatuten anzuwenden, ist bei aller sonstigen Meinungsverschiedenheit über die örtlichen Grenzen der Rechtsregeln geltendes Gewohnheitsrecht (v. Savigny, Syst. Bd. VIII, S. 362; v. Wächter im Archiv für zivil. Praxis Bd. 25, S. 161 ff.; Bornemann, Erörterungen S. 72), auch gesetzlich anerkannt in Preußen A. L. R. Einl. §§. 23 ff. und Oesterreich G. B. §. 34. Vergl. Uebereinkommen zwischen Preußen und Sachsen v. 15. März 1821 / 3. März 1822 (Pr. G. S. 1821 S. 39, Sächs. G. S. 1822 S. 185).

[7]) In Preußen: Anzeige bei der Ortsbehörde, zuweilen polizeiliche Genehmigung. Ges. v. 22. Juni 1861. G. S. S. 441. Die Bedingung des Beitritts zu kaufmännischen Korporationen ist aufgehoben. Die Meinungsverschiedenheit, welche in Preußen in Betreff jener Korporationen stattfand, bezog sich nicht auf diesen von allen Seiten unbestrittenen Satz. Die kaufmännischen Korporationen in Berlin, Stettin, Königsberg, Danzig, Memel, Elbing wollten jedem Kaufmann am Orte, wenn schon nicht den Beitritt, doch einen Beitrag zur Pflicht machen. In Uebereinstimmung mit den beiden anderen Korporationen in Magdeburg und Tilsit wurde dies aus Gründen der Gewerbefreiheit vom Landtage abgelehnt (Motive zum Einf. Ges. S. 12. Stenograph. Ber. des Abgeordnetenhauses S. 1527). In Oesterreich: Nachweis sittlichen Wohlverhaltens, persönlicher Fähigkeit und eines gewissen Vermögens. Fischer, Oesterr. H. R. §§. 21. 25. 28 ff.

[8]) Z. B. für die Zivilbeamten in Oesterreich Fischer a. a. O. §. 24, die Geistlichen im gemeinen Recht. C. 6. 9. X. ne clerici vel monachi (3, 50) und Preußen A. L. R. §. 93, Tit. 11, Thl. II. Thöl, H. R. §. 17. Brinkmann §. 12 ff.

lung für befähigt zu erachten, läßt sich daher allgemein nur annähernd bestimmen. Doch führte das Bedürfniß zur Festsetzung von Altersstufen. Solche sind von neueren Gesetzbüchern im Ganzen dem Römischen Rechte nachgebildet, welches, von der Wichtigkeit der Geschlechtsreife ausgehend, vor derselben eine volle Handlungsfähigkeit überhaupt nicht annahm.[9]

Zwar schien auch nach jenem Abschnitt für die unerfahrene Jugend ein Schutz erforderlich, und dessen thatsächlich sich gleichgestaltende Ausführung verwischte den Römischen[10] Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen, insofern beide bis zur Volljährigkeit einer ununterbrochenen Vormundschaft und gleichmäßig der Regel unterworfen wurden, daß sie durch Verträge sich wohl berechtigen aber nicht verpflichten könnten;[11] aufzugeben aber ist jene Unterscheidung nicht.[12]

---

[9]) Vergl. die Darstellung von Savigny im Syst. §§. 106—111 und von Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, Bd. I, S. 77 ff. Für das gemeine Recht galt die zu Gunsten der Prokulejaner entscheidende Bestimmung Justinians, wonach die feste Grenze bei Knaben das vollendete 14., bei Mädchen das vollendete 12. Jahr ist (pr. Inst. quib. mod. tut. [1, 22]; l. 3. Cod. quando tut. [5, 60]). Vergl. aber den Titel der Dekretalen Gregors (de despons. impub. [4, 2]). Im Preuß. A. L. R. §. 25, Tit. 1, Thl. I und im Oesterr. G. B. §. 21 ist für beide Geschlechter das 14. Jahr angenommen. Im C. C. ist die Emanzipation der Minderjährigen, welche bei Eingehung der Ehe von selbst eintritt (art. 144. 476), bereits nach Vollendung des 15. Lebensjahres gestattet (art. 477; vergl. art. 364).

[10]) Dies ist im Allgemeinen der Gang der geschichtlichen Entwickelung von der lex quina vicenaria (Plaetoria) bis in die neueste Zeit. Vergl. v. Savigny a. a. O. und in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. X, S. 240. R. P. O. von 1548 Tit. 31, §. 1 und von 1577 Tit. 32, §. 1. Sintenis §. 17, n. 32. v. Gerber, D. P. R. §. 244. Kraut a. a. O. und Grundr. §. 227. Preuß. A. L. R. §. 21, Tit. 4. §. 14, Tit. 5, Thl. I. §§. 6. 7. 696, Tit. 18, Thl. II. Oesterr. G. B. §. 865. Haubold, Sächs. R. §. 118.

[11]) Ueber die Bedeutung dieses Satzes ist im gemeinen Rechte viel Streit. Dessen Stand ist ausführlich dargestellt bei Sintenis §. 17, n. 24. Die Ansicht v. Savigny's III, S. 40, daß bei zweiseitigen Verträgen es in der Wahl des Vormundes liege, ob er den Vertrag ganz anerkennen oder verwerfen wolle, stimmt mit den neueren Gesetzbüchern überein (§§. 11. 12, Tit. 5, Thl. I A. L. R.; art. 1125 C. C.; §. 865 Oesterr. G. B.).

[12]) Sie tritt auch zivilrechtlich noch hervor bei Testaments- und Eidesmündigkeit, bei letzterer auch, wo die Auth. sacr. puberum, wie in Preußen, Sachsen und Hannover, keine Anwendung findet (Pr. A. L. R. §. 16, Tit. 12, Thl. I;

Freie Willensbestimmung ist ein wesentliches Erforderniß selbstständigen Handelns; die Hindernisse, welche dem entwickelten Willen die Fürsorge des Staates bereitet, sind äußerliche. Der Unmündige ist naturnothwendig außer Stande, Handelsgeschäfte zu treiben; der Minderjährige[13] kann gültige Verträge schließen, und ist daher bei gewerbsmäßigem Betriebe von Handelsgeschäften, wenn diese seine Pfleger[14] im Voraus genehmigt haben, als Kaufmann zu betrachten. Die rechtliche Wirksamkeit der Genehmigung wird durch den Verstoß gegen irgend welche landesgesetzliche Bedingung nur, wo dies ausdrücklich vorgeschrieben ist, gehemmt.[15]

Ueberall findet sich, in unmittelbarer Anwendung des Römischen Rechts, oder zufolge der daraus geschöpften Bestimmung, eine der Zeit zuvorkommende Großjährigkeits-Erklärung.[16] In Preußen[17] ist verordnet, daß erst, wenn diese ertheilt ist, ein Minderjähriger zur Treibung kaufmännischer Geschäfte zuzulassen,[18] doch erhält der Rechts-

---

Pr. Ord. §. 230, Nr. 13, Tit. 10; Haubold, Sächs. R. §. 133; Hann. Ges. v. 28. Dezbr. 1821; Pr. O. §. 283). Ueber die Altersgrenzen strafrechtlicher Zurechnungsfähigkeit, welche in der Regel vor dem 14. Jahre nicht angenommen wird, Heffter, Lehrb. d. Strafr. §. 104; Feuerbach, peinl. R. von Mittermaier §. 90a.

13) Hier ist überall verstanden der Mündige bis zur Volljährigkeit. Diese tritt ein nach gem. R. und in Württemberg mit 25, in Preußen und Oesterreich mit 24, in Hamburg mit 22 Jahren für Männer, in Sachsen, Bayern, Baden, Großh. Hessen, Schleswig-Holstein und im Gebiete des Code Nap. mit 21 Jahren, mit 18 Jahren in Braunschweig und in Hamburg für das weibliche Geschlecht.

14) Vater, Mutter, Familienrath, Vormünder, je nach den Umständen und Landesgesetzen.

15) Diese Anschauung entspricht dem Art. 11 H. G. B. Brinkmann, H. R. §. 19 geht weiter. Er giebt den Minderjährigen, auch wenn sie ohne Konsens des Vaters oder Vormundes Handel treiben, für diesen Betrieb die Rechte und Pflichten der Großjährigen.

16) Diese (venia aetatis) ist im Röm. und gem. Recht nach Ablauf des 20. Jahres bei männlichen, des 18. bei weiblichen Personen (Cod. II, 45 de his, qui veniam aetatis impetrav.) gestattet. In Preußen (A. L. R. §. 214, Tit. 2, Thl. II) und Oesterreich (G. B. §. 252) muß das 20., in Sachsen das 18. (Haubold §. 52), in den Rheinlanden das 15., nach Umständen das 18. Jahr (C. C. art. 477. 478) vollendet sein.

17) Ebenso in der Frankfurter Reformation VII, 18.

18) §. 477, Tit. 8, Thl. II A. L. R. Dieser ist für die Bayerischen Landestheile (Einf. G. Art. 4), in welchem das Preuß. A. L. R. gilt, mit aufgehoben.

satz, daß die gegen das Verbot verstoßende Genehmigung rücksichtlich der auf Grund derselben abgeschlossenen Geschäfte ihre Gültigkeit bewahre, hier eine Bestätigung durch die §§. 21, Tit. 5, Thl. I. 124 ff., Tit. 2, Thl. II A. L. R.

Im Gebiete des Code kann, nach unzweifelhafter Vorschrift,[19] ein Minderjähriger in Ansehung der von ihm geschlossenen Handelsgeschäfte für volljährig nur erachtet werden,

wenn er 18 Jahre alt, emanzipirt und ausdrücklich ermächtigt ist.

Hier also ist eine der Emanzipation oder dem bestimmten Alter vorausgehende Genehmigung unwirksam.

Die persönliche Fähigkeit des Minderjährigen zum Betriebe von Handelsgeschäften wird nach den Gesetzen seines Wohnsitzes oder seiner Herkunft[20] beurtheilt, nicht so die Zulässigkeit

1. der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,
2. des Schutzes gegen kürzere (als 30jährige) Verjährungsfristen.

Diese Rechtswohlthaten gehören nicht zu den Beschränkungen der Handlungsfähigkeit.[21] Sie bestimmen sich aber auch nicht nach dem besonderen Landesgesetze des Vertragsabschlusses oder der Vertragserfüllung, denn durch Ausübung des Betriebes unterwirft sich der Minderjährige dem Handelsgesetzbuch.[22] Diesem sind persönliche Begünstigungen zuwider. Wären sie dem Gesetzbuche nur fremd,
1 so würden sie durch eine vielfach bezeugte[23] Gewohnheit ausgeschlossen.

Es ist Rechtsgrundsatz:

> Ein minderjähriger Handelsmann kann sich in Betreff seiner Handelsgeschäfte auf die Rechtswohlthaten der Minderjährigen nicht berufen.[24]

---

[19]) Diese Vorschrift der art. 2. 3. 6 hat in der Bayerischen Pfalz durch ausnahmsweise Verwahrung der art. 2 u. 6 vor der Aufhebung des Franz. H. G. B. (Einf. G. Art. 4), in Rheinpreußen durch Aufnahme des Inhaltes in das Einf. G. Art. 37. 38 Gültigkeit behalten.

[20]) Oben Note 6 zu §. 10.

[21]) v. Savigny, Syst. VIII, S. 164.

[22]) Bornemann a. a. O. S. 105.

[23]) Leyser, med. ad pand. spec. 60. m. 8. Glück, Pandekten Bd. V, §. 458. Heise, H. R. §. 12. Brinkmann, H. R. §. 19. Thöl, H. R. §. 17. Motive zum Frankfurter Entwurf S. 32.

[24]) Obwohl die ausdrückliche Aufnahme dieses Satzes in Nürnberg bei Stimmengleichheit durch die entscheidende Stimme des Präsidenten abgelehnt wurde.

b) Geschlecht.

§. 12. Der Begriff Kaufmann ist unabhängig von dem Unterschiede des Geschlechts. Jedes Weib also, welches gewerbsmäßig für
eigene Rechnung Handelsgeschäfte treibt, hat die Rechte und Pflichten 6
eines Kaufmanns, ohne irgend welche den Kredit beschränkende Rechtswohlthat.[25] Die Ehe und das Recht des Ehemannes auf das Vermögen seiner Frau kommt allerdings insofern in Betracht, als seine
Genehmigung erforderlich ist. Hat er diese, wenngleich stillschwei- 7
gend,[26] zu erkennen gegeben, so verpflichtet die Frau für Handels- 8
schulden ihr, bei bestehender Gütergemeinschaft das gemeinschaftliche, je nach den Bestimmungen der Landesgesetze,[27] sogar sein persönliches Vermögen, ohne zu den einzelnen Rechtsgeschäften oder zum Auftreten vor Gericht seines Beistandes zu bedürfen. Wo Geschlechts-Vormundschaft[28] noch stattfindet, ist in gleicher Weise die

---

Prot. S. 20. — Dadurch erledigen sich die Erinnerungen von Baden und Mecklenburg Nr. 15.

[25]) Das Sc. Vellejanum und die auth. si qua mulier des gem. Rechts galt bereits in den meisten Ländern bei Handelsfrauen nicht (Thöl, H. R. §. 50; Pr. A. L. R. §. 488, Tit. 8, Thl. II). Das Streben der Rechtswissenschaft ist dahin gerichtet, die den Zweck verfehlenden Förmlichkeiten bei Interzessionen der Weiber nach dem Muster des Code Nap. (Zachariä §. 360) und des Oesterr. G. B. §. 1349 überall aufzuheben (vergl. Verhandlungen des zweiten Deutschen Juristentages). Die Handelsfrau unterliegt auch dem Personalarreste, wo sonst Frauen demselben nicht unterworfen sind (vergl. Gad, zur Best. Kap. 2, §. 3; Kap. 6, §. 3; Kap. 8).

[26]) Ueber die Form, in welcher die Genehmigung zurückgezogen werden könne, ist nichts gesagt, doch war die Mehrheit der Konferenzmitglieder der Meinung, daß eine bloße Eintragung des Widerrufes in das Handelsregister nicht genüge, wenn der Mann thatsächlich den weiteren Geschäftsbetrieb der Frau nicht hindere. Prot. S. 889.

[27]) Für Preußen ist durch Einf. G. Art. 19 ausdrücklich §. 337, Tit. 1, Thl. II A. L. R. bestätigt, wonach der Mann für die Handelsschulden seiner Frau mit seinem Vermögen haftet, sofern dieses, wenn schon nur durch eine beabsichtigte Nutzung, an dem Handel Theil genommen; aber auch durch Art. 39 für das Gebiet des Code, dessen art. 220, wonach die Handelsfrau das Vermögen des Mannes nur bei bestehender Gütergemeinschaft mit verpflichtet.

[28]) Z. B. in Sachsen (Haubold, Sächs. R. §§. 159 ff.). Sie ist unbekannt dem Code (Zachariä §. 60) und dem Oesterr. G. B., aufgehoben in Preußen durch provinzielle Verordnungen (v. Rönne, Ergänz. zu §. 24, Tit. 1, Thl. I A. L. R.).

Einwilligung des Vormundes zu dem kaufmännischen Betriebe, nicht zu den einzelnen Geschäften, nöthig.

Die Vermuthung ist dafür, daß die von einer Handelsfrau ge-
274 schlossenen Verträge zu ihrem Handelsgewerbe gehören,[29] jedoch dagegen, daß ein Weib Handelsfrau sei. Deshalb muß diese Eigenschaft beweisen, wer Rechte darauf gründen will.

c) Krankhafte Zustände.

§. 13. Die Eigenschaft als Kaufmann verliert nicht, wer seiner Vernunft durch einen krankhaften Zustand beraubt ist, auch wenn solcher den Anschein einer langen Dauer oder der Unheilbarkeit trüge. Während desselben ruht nur der selbstständige Betrieb des begonnenen Gewerbes, weil der Vernunftlose keine Verträge schließen kann.

Bei körperlicher Krankheit und Trunkenheit wird die Rechtsübung sich damit begnügen, daß deren Eintritt in einem die Willensfähigkeit ausschließenden Grade[30] von demjenigen bewiesen werden muß, der daraus die Ungültigkeit eines Geschäftes ableiten will.

Bei Geisteskrankheit ist im Allgemeinen dasselbe zu sagen, hier aber ersetzt der Richterspruch, welcher den Rasenden, Wahnsinnigen oder Blödsinnigen entmündigt, den Beweis der Krankheit für die nachfolgenden Fälle, ohne ihn für die früheren abzuschneiden. Die Krankheit ist ja Voraussetzung des Spruches. Voraussetzung seiner Aufhebung ist die Genesung. Ist diese erweislich eingetreten und damit das innere Hinderniß beseitigt, so ist die Gültigkeit eines Handelsgeschäftes unabhängig von der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses. In gleicher Weise wird das Geschäft aufrecht erhalten werden müssen, wenn dasselbe in einem lichten Zwischenraum geschlossen ist. Diese im Römischen Rechte[31] anerkannten Regeln sind überall anzuwenden, wo keine bestimmten Gesetze entgegenstehen.[32]

---

29) Im gemeinen Rechte war dies streitig. Bender, H. R. §. 38. Thöl, H. R. §. 50, n. 7. Brinkmann, H. R. §. 19, n. 23.

30) Gruchot, Glosse zu §. 28, Tit. 4, Thl. I A. L. R. in seinen Beitr. I, S. 147.

31) l. 2. Cod. de contr. emt. (4, 38); l. 6. Cod. de cur. fur. (5, 70). v. Savigny III, S. 83. Sintenis §. 17.

32) Oesterr. G. B. §§. 21. 273. 283. 566. 567. 865.

Das Preußische[33] berücksichtigt die lichten Zwischenräume, aber ausdrücklich nur so lange keine Vormundschaft eingesetzt ist. Diese beschränkt es auf Personen, welche nicht der Aufsicht eines Vaters oder Ehemannes unterworfen sind. Der Code[34] betrachtet alle nach dem Tage des Urtheils vom Interdizirten vorgenommenen Handlungen für diesen als unverbindlich.

Die Unterschiede der einzelnen Gesetzgebungen sind unwichtig, weil die erfahrensten Psychologen einen wirklich lichten Zwischenraum, wenn schon sie dessen Möglichkeit nicht gänzlich ausschließen,[35] nur im seltensten Falle zugestehen, auch in Betreff der Wiederherstellung kaum dem eigenen geübten Scharfblicke, geschweige den Berichten von Zeugen über das Benehmen eines angeblich Genesenen beim Geschäftsabschlusse trauen können.[36]

d) Gesetzliche Hindernisse in besonderen Fällen.

§. 14. Wo die natürliche Handlungsfähigkeit eines Volljährigen ausnahmsweise durch Gesetz beschränkt ist, liegt in diesem allein der Maßstab für den Umfang und die Dauer der Beschränkung.

1. Wer gerichtlich für einen Verschwender[37] erklärt ist, steht in Ansehung der Fähigkeit, Verträge abzuschließen, fast überall den Unmündigen gleich. Im Gebiete des Code umging man aus Schonung für das Gefühl bürgerlicher Freiheit eine solche Festsetzung, doch ließ man dem Verschwender einen Kurator zuordnen, und untersagte ihm die Ausführung gewisser Hauptgeschäfte.
2. Während Verbüßung von Zuchthausstrafe tritt Unfähigkeit zur Verwaltung des Vermögens ein[38] in Preußen und Bayern,

---

33) §§. 20. 23 ff., Tit. 4, §§. 11. 12, Tit. 5, §§. 20 ff., Tit. 12, Thl. I, §§. 12. 815, Tit. 18, Thl. II A. L. R., §. 9, Tit. 5, Thl. II A. G. O.

34) C. C. art. 489. 502. 1125.

35) Wie Thomasius in der dissert. de praesumtione furoris atque dementiae. Halae 1719. §. 31.

36) Friedrich, System der gerichtl. Psychologie. §. 37. Casper, Handb. der ger. Medizin. §. 78. Brach, Lehrb. der ger. Med. 2. Aufl. S. 117. Heffter, Lehrb. des Strafr. §. 52. Berner, Imputationslehre. S. 172.

37) v. Savigny III, S. 87. Sintenis §. 17. A. L. R. §§. 15 ff., Tit. 5, Thl. I. Oesterr. G. B. §§. 21. 273. 283. C. C. art. 513 ff.

38) Wenn man Krug und v. Kräwel (Entwurf eines Deutschen Str. Ges. B.

auch, wenn sie lebenslänglich ist, in Oldenburg. In Oesterreich kann bei schwerster oder schwerer Kerkerstrafe dem Verbrecher zur Sicherung seines Vermögens ein Kurator bestellt werden.

3. Durch Eröffnung des Konkurses verliert der Kaufmann nach einigen Gesetzen zwar die Befugniß zum Handelsbetriebe,[39] nirgends aber die Handlungsfähigkeit, wenngleich die Verwaltung seines zur Masse gezogenen Vermögens auf die Gläubigerschaft übertragen wird.[40]

Zweiter Titel.

Handelsregister.

§. 15. Nach dem Vorgange fremder Gesetzgebungen sind
12 Handelsregister[41] eingeführt, in welche bei den Handelsgerichten — in Ermangelung solcher bei den ordentlichen Gerichten — die Hauptzüge, durch welche eine kaufmännische Rechtspersönlichkeit sich von jeder anderen unterscheidet, kurz und übersichtlich eingetragen werden müssen.

Diese Hauptzüge sind:[42]

1. die Firma eines Kaufmannes oder einer Handelsgesellschaft und die Unterschrift; desgleichen die Aenderung der Firma oder ihres Inhabers, sowie das Erlöschen derselben;

1862. S. 41) beitreten muß, daß dem Verbrecher die Anordnungen über sein Vermögen überlassen bleiben können, so scheint des letzteren Vorschlag, eine Vormundschaft auf Antrag der gesetzlichen Erben einzuleiten, nicht annehmbar.

39) Preuß. Konk. Ord. §§. 310 ff. Vergl. C. d. C. art. 604 ff.

40) Martin, Lehrb. des Deutschen gem. Proz. (1862) §. 322. Heffter, Syst. des Röm. und Deutsch. Ziv. Proz. §. 538. Preuß. Konk. Ord. §. 4. C. d. C. art. 442. Oesterr. Konk. O. v. 1781. §. 7. Hannov. P. O. §§. 616. 619.

41) Ueber die Formen derselben besondere Instruktionen. Preuß. Einf. Ges. Art. 4. Bayer. Art. 8 ff. Nassau §. 2.

42) Vergl. Kommissionsber. d. Pr. Abg. H. S. 1464. Vorgeschrieben sind die einzelnen Eintragungen im H. G. B. Art. 19. 21. 25. 45. 86—88. 129. 135. 151—156. 163. 171. 176 ff. 198. 201. 212. 214. 228. 233. 243. 244. Der Preuß. Entwurf hatte auch die Eintragung der ehelichen Güterrechte vorgeschlagen. Da dies abgelehnt ist, bleiben die Landesrechte in Kraft. Pr. L. R. §§. 442 ff., Tit. 1, Thl. II; §. 5 Ges. vom 30. März 1837 (G. S. S. 63); C. d. C. art. 67. Das Pr. Einf. Ges. verordnet in Art. 20 außerdem, daß die Ausschließung oder Aufhebung der Gütergemeinschaft einzutragen sei.

2. die Ertheilung der Prokura nebst der Unterschrift des Prokuristen, sowie das Erlöschen der Prokura;
3. in Beziehung auf Handelsgesellschaften die Errichtung der Gesellschaft, sowie die Unterschriften der Vertreter der Gesellschaft, Veränderungen in dem Gesellschaftsverhältnisse, z. B. Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, Ein- oder Austritt von Gesellschaftern, nachträgliche Ertheilung oder Erlöschen der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, Auflösung der Gesellschaft, Ernennung und Unterschrift der Liquidatoren.

Die Eintragungen erfolgen auf Grund von Anmeldungen[43] der betheiligten Personen zu dem polizeilichen Zwecke, den Handelsverkehr vor Mißbräuchen und Betrügereien zu sichern. Diesem entspricht das vom Handelsstande empfohlene Zwangsmittel der Ordnungsstrafen, deren Festsetzung den Handelsgerichten übertragen ist.[44]

Außerdem ist in folgenden Fällen von der Eintragung die Wirkung der Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber abhängig gemacht:[45]
1. bei Annahme wie Veränderung der Firma oder ihres Inhabers;
2. bei Widerruf der Prokura;
3. bei wichtigen Veränderungen und der Vertretung von Handelsgesellschaften;
4. bei Errichtung und Aenderung von Aktien-Gesellschaften und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien.

Was in den Handelsregistern steht, soll Jeder erfahren, der mit den Eingetragenen verkehren will. Darum ist die Einsicht der Handelsregister während der Dienststunden auf den Gerichten Jedem gestattet, darum darf Jeder Abschriften — nach Belieben beglaubigte — aus dem Register fordern, darum vor Allem ist die schleunige **Veröffentlichung** der Eintragungen durch die Handelsgerichte vor-

---

[43]) Persönlich vor dem Handelsgericht zu erklären, oder in beglaubigter (gerichtlicher oder notarieller) Form einzureichen. Pr. Einf. Ges. Art. 4.

[44]) Gerade der Handelsstand, welcher sonst den Eingriffen in die Verkehrsverhältnisse besonders abhold ist, glaubte hier — im Gegensatze gegen den Preuß. Entwurf — des polizeilichen Schutzes nicht entbehren zu können. Ueber das Strafverfahren in Preußen Einf. Ges. Art. 5, Bayern Art. 10 ff., Nassau §. 3.

[45]) H. G. B. Art. 20. 25; 46; 87. 129. 135. 155. 171; 178. 198. 201. 211. 214. 233. 244.

geschrieben. Diese bestimmen die öffentlichen Blätter, welche sie benutzen wollen, jährlich im Dezember für das kommende Jahr zum voraus. Der Beschluß ist in einem oder mehreren öffentlichen Blättern bekannt zu machen.

Die vorschriftsmäßige Veröffentlichung begründet eine gesetzliche Vermuthung für die Bekanntschaft Dritter mit den eingetragenen Thatsachen, doch kann dieselbe durch nachzuweisende Umstände widerlegt werden, welche dem Handelsgerichte die Ueberzeugung geben, daß der Dritte jene Thatsachen weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Diese Bestimmung ist besonders vom Handelsstande und zwar aus entgegengesetzten Gründen angefochten worden.[46]

Das den Erörterungen zum Grunde gelegte Beispiel lautet:

> Der entlassene Prokurist schließt, nachdem die Entlassung öffentlich bekannt gemacht ist, betrüglich auf den Namen des früheren Prinzipals ab. Wer trägt den Schaden? Der Prinzipal oder der Dritte?

Der Prinzipal hatte den Prokuristen ausgewählt. Deshalb hat er die nächste Pflicht, gutgläubige Dritte durch seine Thätigkeit vor Schaden zu bewahren. Hiervon ausgehend, wünschten die Vertreter der Handelsstaaten dem Prinzipal den Nachweis aufzulegen, daß dem Dritten die Entlassung des Prokuristen zur rechten Zeit bekannt gewesen, und tadelten die jetzige Fassung des Gesetzes, worin sie dies nicht ausgesprochen fanden. Andererseits erachtete der erste deutsche Handelstag den Geschäftsinhaber noch für gefährdet, und man vermehrte die Besorgniß durch die Voraussetzung, daß der Prinzipal den bösen Glauben des Dritten zu beweisen habe. Diese Voraussetzung traf bei der Fassung erster Lesung zu; die Vorschrift des Gesetzes aber lautet:

> „Der Dritte muß die veröffentlichte Aenderung gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er diese Thatsache weder gekannt habe noch habe kennen müssen."

---

[46]) Bericht der Kommission des Preuß. Abgeord. Hauses. 1861. S. 1466. Betrachtung über den ersten Deutschen Handelstag (Berlin 1861 bei Fr. Schulze). Prot. S. 23. 25.

Diese Umstände sind also von dem Dritten einzuwenden und zu beweisen.[47]

Hierdurch scheint dem Satze genügt: Wo die Schuld liegt, liegt der Schaden. Der Prinzipal ist, sobald er die Veröffentlichung bewirkt hat, hinlänglich geschützt, zumal ihm unbenommen bleibt, jenem Beweise Dritter noch durch Zusendung der bisher gebräuchlichen Zirkulare zu begegnen. Auch der Dritte ist nicht über Gebühr belastet, da die Handeltreibenden durch die Wichtigkeit der mannigfaltigen Bekanntmachungen ohnehin genöthigt sind, diejenigen Blätter, in welchen sie die Eintragungen ihrer Geschäftsfreunde erwarten müssen, oder ein Zentralblatt zu halten. Eine Versäumniß hierin wird regelmäßig als ein Mangel ordnungsmäßiger Sorgfalt gelten, 282
und dem betrogenen Dritten zu jenem Beweise nicht dienen können.

Die gebotene Verbreitung solcher Blätter gewährt die beste Hülfe, da der betrügerische Prokurist sofortige Entdeckung fürchten muß.

Dritter Titel.

Handelsfirmen.[48]

§. 16. Jedes kaufmännische Rechtssubjekt hat einen Namen — 15
Firma. Der Taufakt ist die Eintragung in das Handelsregister. 10

Die einzelnen Bestimmungen beruhen hauptsächlich auf der Handelsgewohnheit. Diese verlangt für alle Handeltreibenden den Gebrauch und den Schutz einer eigenen Firma, aber auch Verwahrung gegen täuschende Firmen Anderer.

In der Firma des einzelnen Kaufmanns ist dessen Familien- 16
name der wesentliche Theil. Zusätze sind gestattet, sofern durch sie nicht die unrichtige Thatsache angedeutet wird, daß noch irgend eine andere Person — ein Gesellschafter — mit in Anspruch genommen werden könne. Bei Gesellschaften muß der Name wenig- 17

---

47) Heffter, System des Röm. und Deutsch. Zivil-Pr. §. 137. Förster, Klage und Einrede. §§. 40. 45.

48) G. Dietzel, Entwurf ꝛc. bei Siebenhaar 7, S. 266 ff. Derselbe giebt in seinem Aufsatze: Das Handelszeichen und die Firma, im Jahrb. des gemeinen D. R. 4, S. 227 ff. eine übersichtliche geschichtliche Darstellung. Vergl. Goldschmidt, Gutachten S. 26. Motive S. 15 ff. Prot. S. 33 ff. 911 ff. 1105. Preuß. Einf. G. Art. 65, Sächs. §. 6, Bayer. Art. 25 ff., Nassau §. 21 ff.

stens eines Theilnehmers mit Andeutung des Gesellschaftsverhältnisses in der Firma stehen.

Zusätze sind vorgeschrieben, sofern der bloße Name zur
20 Verwechselung mit einer in demselben Gemeinde-Verwaltungs-Bezirke bereits bestehenden Firma Anlaß geben würde.

18 Aktien-Gesellschaften sind in der Regel nach dem Zwecke des Unternehmens zu benennen. Personen-Namen dürfen sie nicht in der Firma führen.

20 Wer seine Firma in das Handelsregister hat eintragen lassen,
27 erlangt dadurch ein durch Prozeß erzwingbares Recht auf ausschließlichen Gebrauch derselben.

Diese allgemeinen Grundsätze haben jedoch, weil die Erhaltung alter Firmen für eine Ehrensache gilt, und die denselben gewährten Kredite nicht sofort auf neue Firmen übergehen, folgende erhebliche Ausnahme erfahren:

22 Die einmal bestehende Firma darf fortgeführt werden, wenn
24 auch die Personen, welche das Handelsgeschäft betreiben, durch Vertrag oder Erbgang sich ändern, sofern die bisherigen Inhaber oder die Erben dies bewilligen.

Vor Täuschungen sichert hier allein die Eintragung der Veränderung in das Handelsregister und deren Veröffentlichung. Von der Firma ist auf die bei einem Handelsgeschäfte betheiligten Personen kein Schluß zu ziehen.

Vierter Titel.

Handelsbücher.[49]

§. 17. Kaufleute[50] sind verpflichtet, zur vollständigen Uebersicht ihres
28 im Handel befindlichen Vermögens ordnungsmäßige Bücher zu führen, und diese zehn Jahre hindurch nebst den Kopieen aller abgelassenen und den Urschriften aller eingegangenen Handelsbriefe aufzubewahren.

36 Ueber die Art der Buchführung — welche auch durch Hand-
32 lungsgehülfen geschehen kann — sind besondere, den bisherigen Gebräuchen entsprechende Vorschriften[51] gegeben.

---

[49]) Motive S. 20 ff. Prot. S. 44 ff. 932 ff.

10 [50]) Ausnahme bei geringfügigem Gewerbebetrieb.

[51]) Dieselben sind, wie Goldschmidt, Gutachten S. 29 erinnert, nicht

Die Handelsbücher liefern in Handelssachen unter Kaufleuten 34
regelmäßig einen unvollständigen Beweis,[52] über dessen Wirkung in 35
jedem Falle das richterliche Ermessen entscheidet.

Die Vorlegung der Bücher vor Gericht kann in Rechtsstreitigkeiten nur auf Antrag einer Partei, in Auseinandersetzungssachen (Erbschafts-, Gütergemeinschafts-, Gesellschaftstheilungs-Sachen und Konkursen) von Amtswegen verordnet werden.

Eine klare Uebersicht aus den Büchern würde ohne feste Grundlage unmöglich, ohne zeitweisen Abschluß schwierig sein. Deshalb ist
ein Inventar und eine Bilanz beim Beginne des Geschäftsbetriebes 29
und sodann alljährlich aufzunehmen. Nur wenn die Inventur des Waarenlagers „nicht füglich" in jedem Jahre geschehen kann, genügt es, das Inventar desselben alle zwei Jahre aufzunehmen.

Je dehnbarer die letztere Vorschrift ist, zu desto größerer Umsicht fordert sie auf, besonders wo das Strafgesetz, wie das Preußische in §. 261, einschreitet,

> wenn die Bilanz des Vermögens nicht jährlich gezogen ist, obgleich dies nach der Beschaffenheit des Geschäfts nöthig war.

Im Inventar sind alle Vermögensstücke, auch die Forderungen, 31
nach dem Werthe anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme
beizulegen ist. Deshalb sind uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

---

erschöpfend. Eine Strafe der Verletzung liegt in dem Mangel der Glaubwürdigkeit. Auf solche haben nur ordnungsmäßige Bücher Anspruch. Ueber die Technik vergl. Toeplitz, die doppelte und einfache Buchführung (Berlin 1862).

52) Die Beweiskraft der Handelsbücher gegen Nichtkaufleute ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. In Preußen sollen sie nur zur Unterstützung anderer Beweise dienen können (Einf. Ges. Art. 8). Diese Bedeutung wird ihnen auch im Gebiete des Code nicht abzusprechen sein, unerachtet von einem Beweise gegen Nichtkaufleute nicht die Rede ist. C. C. art. 1330. C. d. C. art. 12. Rogron. Im gemeinen Rechte machen sie regelmäßig halben Beweis. Glück, B. 22, §. 1166. Heise, H. R. §. 41, aber auch Heffter, Syst. §. 249, n. 195; ebenso im Oesterreichischen: Allg. Ger. Ord. §. 119. Minist. Verord. v. 13. Mai 1860. Fischer, H. R. §. 359. Hier gerade wäre eine gemeinsame Bestimmung wünschenswerth gewesen, denn die herrschende Lehre, daß die Beweiskraft eines Handelsbuchs nach dem Gesetze des Ortes zu beurtheilen sei, an welchem das Buch geführt wird (v. Savigny, Syst. VIII, S. 355; Bornemann, Erörterungen im Gebiete des Pr. R. Berlin 1855. S. 138; v. Holzschuher I, S. 68), erscheint nicht unbedenklich; und wird sie angenommen, so muß das fremde Recht, wie jede andere Thatsache erwiesen werden (§. 53 Tit. 10 Pr. Pr. O.).

Das Urtheil des Geschäftsinhabers entscheidet allein, aber große Gewissenhaftigkeit ist auch hier seine dringendste Pflicht. Verfällt er in Konkurs, so straft ihn beispielsweise §. 259 des Preuß. St. G. B. als betrüglichen Bankeruttirer, wenn er absichtlich, §. 261 wegen einfachen Bankerutts, wenn er fahrlässig seine Handelsbücher so geführt hat, daß sie keine richtige Uebersicht gewähren.

Im Falle des äußersten Unglücks tritt so die Nothwendigkeit wachsamer Genauigkeit besonders hervor. Dieselbe ist auch im Falle glücklichen Fortganges unentbehrlich, und dieser vielfach gerade ihre Frucht.

Fünfter Titel.

Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte.[53]

§. 18. Prokura ist diejenige Art der Vollmacht des Handlungs-
eigenthümers, vermöge deren der Bevollmächtigte die Firma mit dem
44 Beisatze per procura und seinem Namen zeichnet, und überall ge-
41 richtlich, wie außergerichtlich für deren Rechnung die Geschäfte betreibt,
42 auch diejenigen, zu denen sonst Spezial-Vollmacht erforderlich ist.

Der Verkehr mit Grundstücken wird zu den Handelsgeschäften nicht gerechnet.

43 Beschränkungen der Prokura sind Dritten gegenüber unwirksam.

45 Die Ertheilung derselben, wie deren Erlöschen[54] muß zur Vermeidung von Ordnungsstrafen bei dem Handelsregister angemeldet werden von dem Prinzipale, oder, sofern dies eine Handlungsgesellschaft ist, von den geschäftsführenden Gesellschaftern persönlich, oder in beglaubigter Form; der Prokurist hat seine Unterschrift bei dem Handelsgerichte niederzulegen.

47 Wenn die Vollmacht sich nicht ausdrücklich als Prokura zu erkennen giebt, so erstreckt sich dieselbe zwar auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb des dem Prinzipale gehörenden Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, Spezialvollmacht aber ist in diesem Falle erforderlich zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung.

---

[53]) Motive S. 26 ff. Prot. S. 71 ff. 89 ff. 951 f.

46 [54]) Ueber die Wirkung der Eintragung auf die Beweislast oben §. 15.

Derartige sogenannte Handlungsvollmachten werden nicht eingetragen, müssen deshalb bei jedem Geschäfts-Abschluß vorgezeigt und von dem Dritten zu seiner Sicherheit geprüft werden.

Doch ermächtigt die bloße Anstellung in einem Laden, offenen
Magazine oder Waarenlager zum Abschlusse von Verkäufen und
Empfangnahmen, welche dort gewöhnlich geschehen,[55] und der Bevoll- 50
mächtigte kann für die an auswärtigen Orten abgeschlossenen Geschäfte,
wennschon die Vollmacht nicht ausdrücklich darauf lautet, den Kauf-
preis einziehen und Fristen bewilligen.[56]

Der Prokurist darf zwar keinen anderen Prokuristen, wohl aber 53
Handlungsbevollmächtigte ernennen und entlassen, der Handlungs-
bevollmächtigte darf seine Vollmacht nicht übertragen.

Gleichmäßig bleiben Prokurist und Handlungsbevollmächtigter,
sofern zu erkennen ist, daß sie ein Geschäft Namens der Firma ab-
geschlossen, dem Dritten gegenüber außer persönlicher Verbindlichkeit; 52
diese tritt nur ein, soweit sie ihre Prokura oder Vollmacht über- 55
schritten haben.

Prokura und Vollmacht lösen sich jeder Zeit durch Widerruf.[57] 54
Dieser wird nicht vermuthet beim Tode des Prinzipals.

Zum Schutze eines redlichen Verkehrs dürfen Prokurist und
Bevollmächtigter nur für den Prinzipal Handelsgeschäfte machen;
ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung also nicht 56
für eigene Rechnung. Sind solche Geschäfte dennoch geschlossen, so
darf der Prinzipal nach Belieben in dieselben eintreten.

---

[55]) Diese Bestimmung entspricht im Ganzen dem bisherigen Rechte. Treitschke, Kaufkontr. §. 37. Thöl, H. R. §. 31a. Brinkmann, H. R. §. 120. Ihre Anwendung wird dem Ermessen des Handelsrichters Spielraum lassen, z. B. nach den örtlichen Gewohnheiten zu beurtheilen sein, wenn der Ladendiener eines offenen Geschäfts, welches dem Einkaufe und Verkaufe von Werthpapieren gewidmet ist, Lieferung solcher Papiere in erheblichem Umfange übernommen hat. — Vergl. die Fälle bei Goldschmidt 2, S. 401 ff.

[56]) Die Fassung des Gesetzes kann zu dem Zweifel Anlaß geben, ob der nachfolgende Handlungsreisende auch die Gelder für Geschäfte, die sein Vorgänger abgeschlossen, einziehen darf. Deshalb wird es gerathen sein, dies in der Vollmacht zu erwähnen, wenn es beabsichtigt ist.

[57]) Ein Vertrag, daß nicht, oder eine Reihe von Jahren hindurch nicht widerrufen werden könne, ist schon bisher, als gegen die guten Sitten, für unwirksam erachtet worden (Koch, Recht d. Ford. III, §. 290).

Sechster Titel.

Handlungsgehülfen.[58]

§. 19. Als Handlungsgehülfe wird betrachtet, wer dem Inhaber eines Handelsgewerbes in dessen kaufmännischer Thätigkeit Dienste leistet.[59] Er unterscheidet sich von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten dadurch, daß ihm — die Fälle der im vorigen Titel erwähnten vermutheten Vollmacht abgerechnet — keine Befugniß zur
58 selbstständigen Vertretung des Prinzipals nach Außen zusteht, vom Gesinde und den Hausoffizianten aber dadurch, daß deren Dienste ausschließlich mechanischer Natur sind.[60]

Der letztere Unterschied ist kein fest begrenzender, doch kommt es darauf nicht an, denn in jedem einzelnen Falle wird das Rechtsverhältniß der Gehülfen zum Prinzipale, in Ermangelung einer Uebereinkunft, durch den Ortsgebrauch oder das Ermessen des Gerichts bestimmt. Vorgeschrieben sind nur die folgenden Sätze:

60 A. Bei zeitweiser Verhinderung durch unverschuldetes Unglück bis zu einer Dauer von sechs Wochen verliert der Gehülfe weder Gehalt noch Unterhalt.

61 B. Das Verhältniß ist lösbar mit Ablauf jedes Kalenderjahres

---

58) Motive S. 33. Prot. S. 95 ff. Heise, H. R. §. 29. Thöl, H. R. §. 22. Brinkmann, H. R. §. 118 ff.

59) Daß dies gegen Entgelt geschehe, wie die Motive zum Pr. Entw. S. 33 annehmen, ist nicht wesentlich. Es giebt auch Volontairs. Wer im Geschäfte seines Vaters Hülfe leistet, wird den von diesem gewährten Unterhalt nicht als Entgelt betrachten, aber auch eine Vergütigung nicht fordern können. Unwesentlich ist deshalb auch, ob dem Gehülfen der Lohn in einem Antheil am Gewinne gut geschrieben wird. In diesem Falle werden aber in Ansehung jenes Antheils die Vorschriften über die stille Gesellschaft Anwendung finden (Buch III, §. 33).

60) Gegen diese von dem bisherigen Gebrauche abweichende Begriffsbestimmung ist von Dietzel a. a. O. S. 291 und Goldschmidt a. a. O. S. 30 erinnert worden, daß doch mindestens der Handlungsbevollmächtigte, z. B. der Reisende, Agent, zu den Handlungsgehülfen gehöre. Der Prokurist nimmt nach der Absicht der Konferenzmitglieder, welche auch besonders in Art. 43 zum Ausdruck gelangt ist, einen höheren Rang ein. Er ist das „andere Ich" des Prinzipals. Dies ist aber ähnlich bei jeder Stellvertretung, natürlich in deren Grenzen, der Fall, also auch beim Handlungsbevollmächtigten; und dadurch eine Unterscheidung von dem bloßen Dienstverhältniß, bei welchem der Wille des Prinzipals nicht vertreten, sondern nur ausgeführt wird, gerechtfertigt.

nach sechswöchentlicher Kündigung, nur nicht bei Lehrlingen, oder
aus Gründen, deren **Wichtigkeit** der Richter zu beurtheilen hat, 62
z. B.:

I. Seitens des Dieners wenn der Prinzipal: 63
1. ihm Gehalt oder Unterhalt vorenthält;
2. ihn mißhandelt oder schwer beleidigt;

II. Seitens des Prinzipals, wenn der Diener:
1. untreu ist;
2. ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung 64
oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht;
3. die Dienstleistung verweigert oder ohne rechtmäßigen Grund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterläßt;
4. an der Dienstleistung durch anhaltende Krankheit oder Kränklichkeit, durch längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit verhindert wird;
5. thätlicher Mißhandlungen oder erheblicher Ehrverletzungen gegen den Prinzipal sich schuldig macht;
6. sich einem unsittlichen Lebenswandel ergiebt.

Siebenter Titel.

Handelsmäkler.[61]

§. 20. Gewerbsmäßige Vermittelung von Handelsgeschäften unter
Anwesenden kann durch Landesgesetze auf amtlich angestellte und ver- 66
eidigte Personen[62] — Mäkler, Sensalen — beschränkt werden.[63] Solche 84
bieten dem Kaufmanne höhere Sicherheit, denn sie sind verpflichtet,[64]

---

[61]) Heise, H. R. §. 30. Brinkmann §. 121. Fischer §§. 134 ff. 185 ff. 389. Motive des Deutsch. Entw. S. 157 ff., des Preuß. S. 36 ff. Prot. S. 113 ff. S. 967 ff. Oesterr. Ges. v. 26. Februar 1860 über Waarenbörsen und Waarensensalen bei Goldschmidt 3, S. 536.

[62]) Ernennung oder Vorschlag von den Handelskammern oder kaufmännischen Korporationen, Bestätigung von den Regierungen, Vereidigung bei den Handelsgerichten. Einf. G. von Preußen Art. 9, §§. 1. 4, Bayern Art. 31, Nassau §§. 4. 5.

[63]) Steht Jedem frei in Preußen. Einf. G. Art. 9, §. 2, Bayern Art. 32, Sachsen §. 7.

[64]) bei Strafe: Preuß. Einf. G. Art. 9, §. 5, Bayern Art. 36, Nassau §. 6. 84

69 ihre geschäftliche Thätigkeit jener Vermittelung ausschließlich zuzu-
wenden, diese aber persönlich und mit Amtsverschwiegenheit zu ge-
73 währen, den Kontrahenten Schlußnoten mit dem wesentlichen Inhalte
des abgeschlossenen Geschäfts auszuhändigen, — welche bei Zeitge-
72 schäften von dem Gegentheile zu unterzeichnen sind —, alle Geschäfte
71 am Tage des Abschlusses in ein amtlich kontrolirtes Tagebuch ein-
74 zutragen, und etwaige Proben aufzubewahren. Auch wird die Mäkler-
82 gebühr nur bei Vollendung des Geschäfts, nicht für dessen Unter-
75 handlung bezahlt. Endlich sind Schlußnoten und Tagebücher —
77 selbst nach dem Tode des Mäklers — zum Beweise von wesentlichem
Nutzen.

Zweites Buch.

Von Handelsgesellschaften.[1]

I. Begriffsbestimmung.

§. 21. Freiwillige Vereinigung zweier oder mehrerer Personen mit Bestandtheilen ihres Vermögens, — wozu im weitesten Sinne auch die Arbeitskraft gehört, — nimmt die Natur einer Handelsgesellschaft an, sofern sie, auf eine gewisse Dauer berechnet, einen gemeinschaftlichen Handelsbetrieb zum Zwecke hat.

Dem Verhältnisse, in welchem die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus dem gemeinsamen Handelsbetriebe haften wollen, entspricht ihre Betheiligung am Gewinne und an den Verwaltungsrechten. In begriffsmäßig richtiger Abstufung unterscheidet das Han=

---

[1]) H. R. v. Heise §§. 20 ff. Bender §§. 145 ff. Thöl §§. 34 ff. Brinkmann §§. 34 ff. Fischer (Ellinger=Blodig) §§. 290 ff. Pardessus §§. 966 ff. D. Priv. R. v. Phillips §. 282. Mittermaier §§. 554 ff. v. Gerber §§. 195 ff. Beseler §§. 220 ff. — Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Kommanditen (Leipzig 1844. S. 269. 8). Herrmann, Der Rechtscharakter der Aktienvereine (Leipzig 1858. S. 95. 8). Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des A. D. H. G. B. (Frankfurt a. M. 1861. S. 456. 8). Quatre-Solz de Marolles, essai sur la société en commandite (Paris 1862. S. 125 gr. 8). Primker, Ueber die Deutsche stille Gesellschaft in den Verh. des I. Deutsch. Juristentages S. 72 ff. Schliemann, Kritische Bemerkungen zum Entwurf des H. G. B. S. 42 ff. Goldschmidt, Gutachten S. 48 ff. Ladenburg, Ueber Handelsgesellschaften bei Goldschmidt 1, S. 132 ff. Gustav Vogt, Zur Theorie der Handelsgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaften, daselbst S. 477 ff. Fick, Ueber Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften, daselbst 5, S. 1 ff. Anschütz, Ueber Aktienkommanditgesellschaften im Jahrb. des gem. D. R. 1, S. 326 ff. v. Kräwel, A. H. G. B. Buch II. Motive S. 46 ff. Protok. S. 153 ff. 976 ff. 4520 ff.

delsgesetzbuch hiernach unter den Gesellschaften, je nachdem die Haftung sich erstreckt:

85 1. auf das ganze Vermögen jedes Gesellschafters (*offene Handelsgesellschaft*),

207 2. allein auf die Einlage jedes Gesellschafters (*Aktiengesellschaft*),

150 3. bei einzelnen Gesellschaftern auf deren ganzes Vermögen, bei
175 anderen nur auf die Einlagen (*Kommanditgesellschaften* und *Kommanditgesellschaften auf Aktien*).

II. Errichtung der Gesellschaften.

5 §. 22. Gewerbepolizeiliche und gewerbesteuerliche Erfordernisse
11 zur Begründung von Handelsgesellschaften hindern nicht die Anwendung der über diese im Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften. Durchgreifend aber sind die allgemeinen Grundsätze über persönliche und sachliche *Befähigung* zum Vertragsabschlusse.

Der Handlungsunfähige kann daher durch eigene Thätigkeit keine Gesellschaft begründen helfen, wohl aber kann er Mitglied einer solchen sein, auch nach Umständen Gesellschaftsantheile erwerben, wenn ihm weder durch den Erwerb noch durch die Betheiligung Verbind-
133 lichkeiten erwachsen.[2] Seine Rechte werden hier, wie überall, durch seine gesetzlichen Vertreter wahrgenommen.

Gesellschaften, deren Zwecke den Gesetzen zuwiderlaufen, haben auf einen Schutz derselben keinen Anspruch.[3]

85 An eine *Form* zu ihrer Eingehung, und zwar eine gerichtliche
150 173 oder notarielle, sind *nur* solche Gesellschaften gebunden, bei denen
208 die Einlagen einzelner oder sämmtlicher Gesellschafter nach *Aktien*
174 bemessen sind. Bei diesen ist auch im Allgemeinen eine Genehmi-
214 175 gung der Staatsregierungen und eine Reihe von Punkten vorge-
209 schrieben, über welche der einzureichende Vertrag sich aussprechen
206 muß, doch ist den Landesgesetzen freigegeben, die Genehmigung ein
249 für allemal im Voraus zu ertheilen.[4]

---

[2]) Oben §§. 10 ff.

[3]) Unten beim Inhalt der Handelsgeschäfte. — Unverbindlich ist z. B. eine Gesellschaft zum Betriebe des Schleichhandels über die Zollgrenze.

[4]) In Folge dessen haben das Preuß. Einf. G. (Art. 10) und das Nassauische

Allen Gesellschaften ist freilich bei Ordnungsstrafe eine Anmel- 110
dung zur Eintragung[5] in das Handelsregister geboten, doch wird 163
dieser eine wesentliche Bedeutung nur insofern beigelegt, als für Ge- 178
schäfte, welche vor derselben gemacht sind, sämmtliche Gesellschafter 211
ohne Rücksicht auf den unter ihnen bestehenden Vertrag Dritten 87
gegenüber haften, und als Aenderungen nach der Eintragung, wenn 155
sie nicht gleichfalls eingetragen sind, Dritten gegenüber keine Wirkung 198
haben. Durch die Eintragung soll die Gesellschaft so genau be- 215
schrieben werden, daß Jedermann deren Unterschied von Gesellschaften anderer und derselben Art ersehen, auch erkennen kann, auf welche Personen und auf welche Mittel er im Verkehre mit ihr hingewiesen ist. Deshalb sind einzutragen:

1. bei allen Gesellschaften:
   a) deren Firma[6] und deren Sitz,
   b) der Zeitpunkt, an welchem die Gesellschaft begonnen hat, der bei Aktiengesellschaften beider Arten sich durch das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde bestimmt,
   c) die Anordnung über ihre Vertretung;
2. soweit die Gesellschafter nicht Aktionäre sind:
   deren Namen, Vornamen, Stand und Wohnort, sowie, 86
   wenn deren Haftbarkeit beschränkt ist, deren Bezeichnung
   als Kommanditisten und die Beträge, bis zu welchem ein 151
   Jeder haftet;
3. bei Aktiengesellschaften beider Arten: 176
   a. die Zahl und der Betrag der Aktien und Aktienantheile, 210

(§. 7) Kommanditgesellschaften auf Aktien von der Ermächtigung im Einzelnen befreit, und nur die reinen Aktiengesellschaften von der Genehmigung „des Landesherrn“ abhängig erklärt.

[5]) Der Erbgang begründet eine Gemeinschaft (communio incidens) allerdings nur an der nachgelassenen Handlung, nicht am Betriebe derselben. Doch ist ein solcher ohne Willen der Betheiligten nicht denkbar, und es liegt in der gemeinschaftlichen Fortsetzung oder Anmeldung der ererbten Handlung eine Eingehung der Gesellschaft. Deshalb müssen in solchem Falle die alten Firmen in das Gesellschaftsregister übertragen werden.

[6]) Dieselbe muß bei reinen Aktiengesellschaften in der Regel vom Gegenstande der Unternehmung entlehnt sein. Der Name von Personen darf darin nicht aufgenommen werden — daher société anonyme.

b) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind;

4. bei reinen Aktiengesellschaften:

a) der Gegenstand und die Zeitdauer des Unternehmens,

b) die Angabe, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf Namen lauten.

173 Bei Aktienkommanditgesellschaften[7] dürfen die Aktien oder Aktienantheile nicht auf Inhaber, und — vorbehaltlich abweichender Bestimmungen der Landesgesetze — nicht auf einen geringeren Betrag als zweihundert Vereinsthaler lauten. Wer dessenungeachtet solche Aktien oder Aktienantheile ausgiebt, haftet den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden. Mehrere Ausgeber haften solidarisch.

177 Bei Aktienkommanditgesellschaften muß überdies Behufs der Eintragung beigebracht werden:

1. die Bescheinigung, daß der gesammte Betrag des Kapitals der Kommanditisten durch Unterschriften gedeckt ist,
2. die Bescheinigung, daß mindestens ein Viertheil des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages von ihm eingezahlt ist,

---

[7]) Die Bestimmungen über Aktienkommanditen sind mit geringen Abweichungen aus dem Franz. Ges. v. 17. Juli 1856, betreffend die sociétés en commandite par actions, übernommen. Vergl. dasselbe im N. Arch. 2. S. 450 ff. Der Code v. 1807, der, wie man in Frankreich unbefangen ausspricht, allerdings manifestement imparfait ist, genügte nicht, um den guten Glauben vor lügnerischen Programmen und fingirten Dividenden zu bewahren. Man suchte ihm durch Preventivmaßregeln zu Hülfe zu kommen, doch dürfte damit nicht viel gewonnen sein, weil der Schwindel, wenn ihm ein Weg verbaut ist, über die Zäune steigt, auch nach Gefallen andere bequemere Wege aufspürt, um seine habsüchtigen Opfer auszuplündern. Das Recht freilich ist keinem Staate zu bestreiten, gewisse Bedingungen aufzustellen, unter denen allein er Aktiengesellschaften bei sich als Rechtspersönlichkeiten gelten lassen will; verlangen doch kaum die verwegensten Kosmopoliten, welche das Nationalitätenprinzip als ein kleinliches verachten, eine absolute Freizügigkeit, die auch den Wolf als Bruder unter die heimische Schafheerde einläßt. Die Geschichte der Englischen Aktiengesetzgebung ist übersichtlich dargestellt bei Schwebemeyer, Das Aktien-, Gesellschafts-, Bank- und Versicherungs-Wesen in England (Berlin 1857) S. 9 ff. und beleuchtet in dem geistvollen Vortrage Fick's a. a. O.

3. der Nachweis, daß der Aufsichtsrath nach Inhalt des Vertrages in einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt ist.

III. Rechtsverhältniß der Gesellschaften untereinander.

1. Einlagen.

§. 23. Alle Mitglieder sind verpflichtet, die Einlagen pünktlich
zu entrichten, welche sie in dem ihre Rechte und Pflichten bestim- 90
menden Vertrage versprochen haben. Vom Tage der Fälligkeit ver- 157
schulden sie von Rechtswegen Entschädigung, mindestens Zinsen und 95
die etwa ausbedungene Strafe, welche bei reinen Aktiengesellschaften in 220
ihrer Höhe unbeschränkt ist. Bei diesen wird die Fälligkeit in Zweifel 221
angenommen, wenn die Ausschreibung in der Form geschehen ist, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Grundvertrage überhaupt erfolgen müssen, doch kann in keinem Falle der Aktionär seines Anrechts verlustig erklärt werden, wenn nicht die Aufforderung zur Zahlung dreimal, das letzte Mal vier Wochen vor dem Schlußtermine, in den öffentlichen Blättern gestanden, welche das Statut bezeichnet.

Die Einlagen der persönlich haftenden Genossen dürfen mit Ein- 108
willigung der übrigen vermindert und herausgezogen werden, nicht 130
ohne Gefährdung der Gläubiger, weil die Entlassenen ihr Vermögen und ihre Personen leichter bei Seite schaffen. Wo dem gemeinsamen Zwecke nur die Einlagen zugebracht sind, wäre eine Rückgabe oder ein Erlaß der rückständigen Theile den Rechten der Gesellschafts-
gläubiger noch gefährlicher, und ist in Ansehung von Kommanditisten 165
überhaupt nicht, bei reinen Aktiengesellschaften nur mit Vorsicht ge- 184
stattet. Hier kann ein Erlaß:

1. wenn die Aktien auf Inhaber lauten, durch das Statut unter 222
den darin aufgenommenen Maßgaben in Höhe von 60% erlaubt sein, während unbedingt der Zeichner[8] für 40% des

---

[8]) Durch das Handelsgesetzbuch ist der Satz, daß zwischen den Zeichnern und 222
der Aktiengesellschaft gegenseitige Forderungsrechte bestehen, anerkannt. Er hatte sich längst unabweisbar aufgedrängt, doch machte es Schwierigkeiten, denselben in die Rechtssysteme einzufügen. Auffallend ist hiebei, daß, während man sich in mannigfachen Versuchen mühte, die in ihrer Einfachheit einleuchtende Auffassung, welcher

249 Nominalbetrages der Aktie verhaftet bleibt, — vorbehaltlich landesgesetzlicher Bestimmungen, welche die unbedingte Haftungspflicht bis auf 25% herabsetzen können —,

223 2. wenn die Aktien auf Namen lauten, nur bei Eintritt eines neuen annehmbaren Schuldners und mit der Wirkung geschehen, daß der Zeichner noch ein Jahr nach seinem Austritt in Höhe seines Rückstandes für die bis dahin eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

Die Einlage des Genossen ist bestimmt, zu dem gemeinschaftlichen Zwecke gebraucht zu werden. Wo dies nicht geschehen kann, ohne daß die eingebrachten Gegenstände verbraucht oder durch die
91 Vermischung mit gleichartigen unausfindbar werden, also bei ver-
143 brauchbaren und vertretbaren Gegenständen (Geld eingeschlossen), erwirbt die Gesellschaft Eigenthum an der Einlage. Bei anderen Sachen ist der Uebergang des Eigenthums keine nothwendige Folge der Hingabe zum Gesellschaftszwecke; er kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht vermuthet,[9] und nach der Bestimmung des Gesetzes auch aus einer bei Einbringung der Sachen vorgenommenen Schätzung
91 allein noch nicht geschlossen werden, weil es möglich ist, daß eine solche blos Behufs der Gewinnvertheilung geschehen war, sie darf aber angenommen werden, wenn die bis dahin einem Genossen gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen in das (mit der Unterschrift sämmtlicher Mitglieder zu versehende) Inventar der Gesellschaft eingetragen sind.[10]

---

der vierte Senat des Preuß. Ober-Tribunals seit einem Jahrzehnt in zahlreichen Entscheidungen gefolgt ist (vergl. z. B. Entsch. v. 21. Dezemb. 1852. Bd. 24. S. 345 ff. und vom 2. Juli 1861 bei Striethorst Bd. 42. S. 246) auswärts keine Beachtung fand, unerachtet auch indirekt v. Savigny Obl. R. §. 64 Note f. 1 sich dazu bekannte: die Projektanten und die Zeichner wollen eine Gesellschaft
208 schließen. Diese Absicht ist durch die schriftliche Zeichnung erreicht, die Herstellung derjenigen besonderen Eigenschaften, welche der Gesellschaft die Rechte einer Aktiengesellschaft geben, ist ein Theil der Ausführung. — Daß die Projektanten an ihre, unbestimmten Personen gestellte, Offerte den Zeichnern gegenüber gebunden bleiben, entspricht der Deutschrechtlichen Auffassung von der Stellung der Personen in der Verbindlichkeit. Siehe unten §§. 51 ff.

[9]) Nichts anderes als diesen in der Natur der Dinge begründeten, von den Preuß. Motiven S. 53 empfohlenen Satz spricht der von Rösler, bei Goldschmidt 4, S. 259, angegriffene v. Vangerow im Leitfaden III, §. 651 aus.

[10]) Von selbst versteht es sich, daß es bei den besonderen Bestimmungen über

Bei Aktienkommanditen ist der schwindelhaften Anrechnung über- 180
triebener Werthe für eingebrachte Vermögensstücke und Ideen[11] da-
durch vorgebeugt, daß, wenn ein Gesellschafter eine Einlage macht,
welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn er sich zu seinen
Gunsten besondere Vortheile ausbedingt, in einer Generalversamm-
lung aller Kommanditisten die Abschätzung und Prüfung der Zulässig-
keit anzuordnen, und in einer zweiten Generalversammlung über die
Genehmigung Beschluß zu fassen ist, daß jener Gesellschafter kein
Stimmrecht hat, auch die Mehrheit mindestens ein Viertheil sämmt-
licher Kommanditisten und ihrer Gesammteinlagen umfassen muß.

Gegen den vielfach hervorgetretenen Uebelstand, daß die Pro-
jektanten den Kurs der zahlreich ausbedungenen Aktien in ihrer Stel-
lung als Geschäftsführer künstlich — allenfalls durch fingirte Divi-
denden — in die Höhe treiben, ihre Aktien sodann verkaufen und
davon gehen, ist eine Auskunft durch die Vorschrift gesucht, daß für
diejenigen Kapitalantheile, welche auf die Einlagen der persönlich 181
haftenden Gesellschaften fallen, oder denselben als besondere Vortheile
ausbedungen sind, keine Aktien ausgegeben werden, daß diese Kapital-
antheile auch von den Geranten,[12] so lange sie in diesem Rechts-
verhältniß zur Gesellschaft stehen, das heißt, so lange die Gesellschaft 199
dauert, nicht veräußert werden dürfen.

2. Persönliche Thätigkeit.

§. 24. Was ein Genosse zu entrichten, was er zu erhalten
hat, bestimmt der Vertrag. Wenn er außerdem Auslagen machte, 93

---

die Eintragung des Besitztitels an Immobilien in das Hypothekenbuch, sowie über die Folgen der geschehenen oder unterlassenen Eintragung rücksichtlich dritter Personen verbleibt. Mot. S. 54. Es werden von dem Gesellschafter die zur Berichtigung des Besitztitels nöthigen Erklärungen zu erzwingen sein, auch in Preußen gegen das Gesetz vom 24. Mai 1853, welches (§§. 2—5) alle Verträge über Zertheilung ländlicher Grundstücke für nichtig erklärt, sofern sie nicht vor dem Richter der Sache (rei sitae) geschlossen sind.

[11]) Man betrachte z. B. die Silberschmelze bei dem Dorfe Brey am linken Rheinufer, wo niemals anderes Silber als das der gutgläubigen Kommanditisten geschmolzen ist.

[12]) Dieses ist der in Frankreich geläufige Ausdruck für die persönlich haftenden Gesellschafter des Handelsgesetzbuchs, nicht so das Wesen bezeichnend, aber kürzer. Auch der Ausdruck der alten Handelssprache „Komplementäre" ist ins Handelsgesetzbuch nicht übergegangen.

kann er deren Erstattung nebst Zinsen, wenn er in Gesellschafts-angelegenheiten Verbindlichkeiten einging, Befreiung fordern. Andrer-
95 seits muß er für Gelder, die er unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnahm, oder die er derselben vorenthielt, von dem Tage ab, an welchem die Herausnahme erfolgte, oder die Einzahlung hätte geschehen müssen, Zinsen entrichten und etwaigen größeren Schaden ersetzen.[13]

Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

1. Das gegenseitige Vertrauen, welches die persönlich haftenden Gesellschafter zusammenführte, muß jeder, — wenn schon dies im Vertrage nicht besonders hervorgehoben ist, — durch persönliche treue Förderung des Gesellschaftszweckes rechtfertigen. Diesem hat er seine ganze Thätigkeit ohne Anspruch auf außerordentliche Vergütigung
96 zu widmen. Er darf dieselbe nicht willkührlich dadurch schmälern, oder in einer der Gesellschaft nachtheiligen Weise ausüben, daß er sie auf einen Geschäftsbetrieb derselben Art richtet, und muß sich
97 daher gefallen lassen, daß die Gesellschaft in ein dieser Pflicht zuwider von ihm abgeschlossenes Geschäft innerhalb dreier Monate nach der Kenntnißnahme eintritt, oder Schadensersatz verlangt.

94 Er ist überhaupt verbunden, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und haftet der Gesellschaft für allen verschuldeten Schaden, ohne denselben gegen die Vortheile aufrechnen zu dürfen, welche er der Gesellschaft in anderen
93 Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat.

98 Auch darf er der Gesellschaft statt seiner Person nicht eine andere aufdrängen.

2. Bei denjenigen Mitgliedern, welche dem gemeinsamen Zwecke nur ihre Einlagen zugebracht haben, ist eben auf ihre persönliche Thätigkeit nicht gerechnet. Rücksichtlich dieser stehen sie der Gesell-
159 schaft als Fremde gegenüber, und sie dürfen deshalb ähnliche Geschäfte für eigene und für fremde Rechnung treiben.

Die Anrechte solcher Mitglieder sind je nach der statutenmäßigen Form der dafür geschaffenen Werthzeichen leichter oder schwerer über-

---

[13]) l. 25. 26 Dig. pro socio (17, 2); Pr. A. L. R. §. 215 Tit. 17 Th. I. C. c. art. 1850. Oester. G. B. §. 1191.

tragbar. Sind keine Aktien ausgegeben, so bleibt der Kommanditist
mit seinem Kredit und seiner beim Verkehre mit der Gesellschaft 157
vielleicht bequemeren Persönlichkeit an diese gebunden.

Aktien, welche auf Namen lauten, — was bei denen von Kom- 182
manditisten stets der Fall ist, — sind, wenn dies der Grundvertrag 173
nicht hindert, durch Indossamente, wie Wechsel,[14] übertragbar, doch 223
muß der Uebergang im Aktienbuche der Gesellschaft vermerkt werden,
wenn der Erwerber in dieser sein Anrecht geltend machen will. 183

Bei Aktien auf den Inhaber fällt, sobald dieselben ausgegeben 222
sind, jede Beschränkung weg.

Inwiefern auch bei Uebertragung der Aktien, deren Zeichner persönlich für den Nennwerth haften, ist im vorigen Paragraphen angegeben.

3. Verwaltung.

a. Geschäftsführung.

§. 25. **Wo persönlich haftende Gesellschafter** vorhanden
sind, haben nur diese, mit Ausschluß der Kommanditisten, Anspruch 158
auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens. 196

Unter ihnen kann der Gesellschaftsvertrag Geschäftsführer für 99
den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes auswählen, während
darüber hinausgehende Geschäfte zu gesellschaftlichen Zwecken dem 103
einhelligen Beschlusse aller Mitglieder vorbehalten bleiben.

Jeder von mehreren Geschäftsführern handelt stets bei Gefahr 100
im Verzuge, und regelmäßig auch im Uebrigen, selbstständig, sofern das Statut ihn nicht ausdrücklich an der Uebereinstimmung der Anderen bindet. Doch muß, wenn einer der Geschäftsführer gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch erhebt, dieselbe unterbleiben.

Sind keine Geschäftsführer ernannt, so ist jeder persönlich haf- 99
tende Gesellschafter berechtigt, Handlungen vorzunehmen, jeder aber 102
auch, dieselben durch seinen Widerspruch zu hindern.

Bei Bestellung eines Prokuristen ist, wenn keine Gefahr im
Verzuge liegt, Einstimmigkeit der gewählten Geschäftsführer, oder — 104
in Ermangelung solcher — der Gesellschafter erforderlich.

---

[14]) In Artikel 182 sind nur die Art. 11—13 der A. D. W. O. für anwendbar erklärt, in Art. 305 auch Art. 36. 74.

Die Ernennung der Geschäftsführer gilt insofern für einen
wesentlichen Theil des Statuts, als dieselbe nur aus rechtmäßiger,
dem richterlichen Ermessen unterliegender Ursache zu widerrufen ist.
101 Diese ist insbesondere vorhanden, wenn ein Genosse:

1. bei der Geschäftsführung oder Rechnungslegung unredlich verfährt;
2. wesentliche Verpflichtungen nicht erfüllt;
3. Firma oder Gesellschaftsvermögen für seine Privatzwecke mißbraucht;
4. durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu der Geschäftsführung unfähig wird.

Reine Aktiengesellschaften werden durch einen Vorstand
227 verwaltet und vertreten, dessen jeder Zeit widerrufliche Bestellung,
209 Zusammensetzung und Legitimation aus dem Statute zu ersehen und
228 beim Handelsgerichte Behufs Eintragung der jeweiligen Mitglieder
vorzulegen ist. Wenn über die Zeichnung Namens der Gesellschaft
229 nichts im Statute steht, so werden hiezu die Unterschriften der
sämmtlichen Vorstands-Mitglieder gefordert. Für Ueberschreitung
der ihnen durch den Vertrag oder das Gesetz ertheilten Befugnisse
241 haften sie der Gesellschaft persönlich und solidarisch. Dagegen kann
sich jedes Mitglied durch seinen Widerspruch, sofern die desselben
231 ungeachtet vorgenommene Handlung dritten gegenüber Wirksamkeit
erhält, verwahren.

b. Kontrole.

§. 26. Jeder persönlich haftende Gesellschafter hat freieste Einsicht in die Verwaltung und den Stand der Angelegenheiten, wenn keine Bestimmungen darüber im Statute stehen, unbeschränkbare aber für den Fall daß eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird.

160 Kommanditisten dürfen nur Abschrift der jährlichen Bilanz,
und zur Prüfung ihrer Richtigkeit Einsicht der Bücher und Papiere
186 fordern. Sind sie Aktionäre, so übt, wie bei reinen Aktiengesell-
224 schaften, deren Gesammtheit in Generalversammlungen die Kontrole.
185 Dieser wird die Bilanz des vorigen Geschäftsjahres in den ersten
239 sechs Monaten jedes Jahres vorgelegt.

Den fremden und meist zahlreichen Aktionären die Einzelnheiten der Verwaltung in jedem Augenblicke zu erschließen, wäre weder zu-

träglich noch ohne Störung der Geschäfte ausführbar. Zu ihrem
Schutze dient die Aufsicht, welche zunächst für beide Arten von Aktien-
gesellschaften gleichmäßig durch die Generalversammlungen geübt wird.
Außer zur Abnahme der Jahresrechnung und zu anderen etwa im
Statute vorgesehenen Zwecken sind solche in allen Fällen zu berufen, 188
wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Die 237
Berufung erfolgt zwar durch die Geranten beziehungsweise durch den 187
Vorstand, sofern nicht nach den Statuten auch andere Personen dazu 236
befugt sind, aber ebenso durch den Aufsichtsrath, wo ein solcher 188
besteht, und überdies ist sie geboten, wenn sie von einer Anzahl 225
Mitglieder, deren Aktien den zehnten Theil — oder einen im Statute 237
etwa bestimmten größeren oder geringeren Antheil — des gesammten
Aktienkapitals darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe
unter Anzeige des Zweckes und der Gründe verlangt wird. Die 189
Geschäftsordnung der Generalversammlungen ist nur theilweise den 190
Statuten überlassen, theilweise durch das Gesetzbuch vorgeschrieben. 238

Größere Versammlungen auch begabter Personen sind zu einer
ins Einzelne gehenden Prüfung einigermaßen ausgebreiteter Verwal-
tungen ungeeignet. Hiezu sind Ausschüsse erforderlich. Deren Anord-
nung konnte bei reinen Aktiengesellschaften in das Ermessen der 225
Statutenfasser gestellt werden, weil hier augenblicklich entsetzbare
Beamte der Gesellschaft die Geschäfte führen, auch, wo die Staats- 249
genehmigung vorbehalten, gleichzeitig eine Ueberwachung Seitens der 240
Staatsbehörden in Aussicht genommen ist.[15] 242

---

[15]) Vereinzelte Vorschriften des Handelsgesetzbuches (Art. 240. 242. 243) deuten auf die Beaufsichtigung durch den Staat. Sie gehören nicht weniger dem öffentlichen Rechte an, als der gestrichene Satz des Preuß. Entwurfs, welcher jetzt im Preuß. und im Nass. Einf. Ges. steht, daß der Vorstand die jährliche Bilanz der Regierung einzureichen habe, welcher aber zweckmäßiger von Sachsen und Bayern weggelassen ist, weil die Landesregierung, wo ein Bedürfniß vorliegt, die Einreichung immer zu einer Bedingung der Genehmigung machen kann. Mehr oder minder ausführliche Bestimmungen über die Beaufsichtigung finden sich in den Einf. Ges. von Preußen Art. 12, Sachsen §§. 13 ff., Bayern §§. 39 ff., Nassau §§. 9 ff. Abgesehen von der Staatsgenehmigung hat man in England bei reinen Aktiengesellschaften (joint Stock Companies with limited liability) durch die Akte vom 14. Juli 1856 (vergl. dieselbe bei Schwebemeyer a. a. O. S. 20 ff.) und in den Hansestädten Hamburg, Lübeck, Bremen (vergl. Fick a. a. O. S. 60, und bei Goldschmidt 4. S. 97 ff. die Bremische V. O. vom 6. Februar 1860). In Oesterreich ist noch das Vereinsgesetz vom 26. November 1852 maßgebend.

Bei Aktienkommanditen aber ist sie zu einer unabweislichen
Pflicht gemacht. Hier muß der Grundvertrag die Bestimmung ent-
175 halten, daß ein Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern
aus der Zahl der Kommanditisten und von diesen gewählt werden
solle, hier ist die Genehmigung der Staatsregierung, wenn sie über-
haupt erfordert wird, an den Nachweis — nicht einmal blos die
Bescheinigung — geknüpft, daß der Aufsichtsrath in einer General-
177 versammlung der Kommanditisten gewählt sei, hier verhängen die
Landesgesetze Freiheitsstrafen gegen die persönlich haftenden Mitglieder,
durch deren Schuld die Gesellschaft länger als drei Monate ohne
Aufsichtsrath geblieben ist.[16]

Die Aufgabe des Ausschusses ist es, die Geschäftsführung in
193 allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen, aus den Büchern,
Schriften und Kassenbeständen, welche ihm jeder Zeit geöffnet werden
müssen, zu prüfen, den ordentlichen Generalversammlungen bei der
jährlichen Rechnungslegung, auch den von ihm zu berufenden außer-
ordentlichen über vorgefundene Uebelstände Bericht zu erstatten, die
nöthig gewordenen Beschlüsse zur Klage wider die persönlich haften-
194 den Genossen einzuholen, und diese, wie regelmäßig alle anderen
186 Beschlüsse der Generalversammlungen, auszuführen.

Fehlgriffe in den Personen von Ausschußmitgliedern sind dadurch
191 unschädlicher gemacht, daß nach dem ersten Jahre, und sodann min-
192 destens alle fünf Jahre, die Wahl erneuert werden muß, und dadurch,
daß dem ersten Aufsichtsrathe eine Vergütigung nur in einem nach
Ablauf des Geschäftsjahres zu fassenden Beschlusse der Generalver-
sammlung mit rechtlicher Wirkung bewilligt werden kann.

4. Theilung.

§. 27. Der Zwiespalt zwischen den neueren Gesetzgebungen und
der Wissenschaft über das Verhältniß, nach welchem Gewinn und

---

[16]) In Preußen (Einf. G. §. 11) und Sachsen (Einf. G. §. 14) drei Monate Gefängniß, in Nassau (Einf. G. §. 8) Gefängniß bis vier Wochen oder Korrektionshaus bis drei Monat. — Sachsen hätte die Strafbestimmung, wie Bayern dies gethan hat, weglassen können, denn, wo die Genehmigung des Staats zur Begründung der Aktien-Gesellschaft erforderlich, diese aber an jenen Nachweis geknüpft ist, ließe sich der Straffall nur denken, wenn die Behörde durch gefälschte Beweismittel getäuscht wäre.

Verluste in Ermangelung von Vertragsbestimmungen zu vertheilen
seien, ist vermittelt. Die Höhe der Einlagen konnte bei den mit
ihrem ganzen Vermögen haftenden Mitgliedern nicht allein
entscheiden. Deshalb ist unter diese nach Köpfen zu theilen, und die 109
Feststellung des Verhältnisses zwischen ihnen und den Kommandi- 162
tisten dem richterlichen Ermessen überlassen. Hierbei glaubte man
der Einlage die im Handelsstande hergebrachte Zinsberechtigung
erhalten zu müssen. Man betrachtete das Gesellschaftsvermögen in
seiner Einheit als ein gesondertes gegenüber den Personen, aus deren
Einlagen es gebildet wurde, und rechtfertigte so die Zinsen, — welche
man zu 4 % annahm —, als eine Entschädigung für die Nutzung 106
fremden Geldes.[17] 161

Diese Anschauung konnte nicht festgehalten werden, wo die Ein-
leger durch Aktien abgefunden sind, denn die durch den Begriff
jeder Handelsgesellschaft erforderte völlige Hingabe des Eingebrachten
an den Gesellschaftszweck ließ sich hier, wo die Personen der Einleger
fast ganz zurücktreten, und nur die Nummern der Antheile in Be-
tracht kommen, nicht mißverstehen. Deshalb wurde dem naturgemäßen 197
Grundsatz, daß jeder Aktionär einen verhältnißmäßigen Antheil am 216
Vermögen der Gesellschaft habe, das Gebot hinzugefügt, für Aktien 217
keine Zinsen in bestimmter Höhe auszubedingen, und dies nur als
Ausnahme zur Förderung wünschenswerther Unternehmungen für die
Zeit der Vorbereitung bis zum Anfange des vollen Betriebes zugelassen.

Diese Anschauung war in der That bei keiner Gesellschaft durch-
zuführen, denn die Einlagen müssen dem statutenmäßigen Zwecke 165
erhalten bleiben; es giebt, so lange die Gesellschaft dauert, kein Recht, 197
dieselben herauszuziehen, und wenn der persönlich haftende Genosse 216
der offenen Gesellschaft sie zurückerlangt, so verdankt er dies dem
freien Einverständnisse der übrigen. 108

Nur in der Willkürlichkeit der Anschauung selbst liegt die Er-
klärung, weshalb sie sogleich in ihrem Entstehen der hergebrachten
Ueberhebung des Kapitals über Intelligenz und Arbeitskraft ge-
opfert wurde, indem man, wo diese die Einlagen bilden, eine Ver-
gütigung versagte. Wäre dies nicht geschehen, so könnte das Resultat
gebilligt werden, weil der Genosse sich zu Gunsten der Gesellschaft

[17]) Motive S. 60.

der anderweiten Nutzung seiner Einlage entschlägt. So aber steht die erwähnte Anschauung gerade nur im Dienste jener Ueberhebung. Zu welchem argen Mißverhältniß[18] sie dadurch führt, ergiebt sich am klarsten, wenn die Bilanz nur Zinsen für die Kapitalseinlagen herausstellt. Dann gehen allein Intelligenz und Arbeitskraft ganz leer aus. Vertragsmäßige Einigung wird aushelfen müssen. Diese ist im Ganzen unbeschränkt, doch muß sie, wenn die Grundsätze der Erwerbsgesellschaft angewendet werden sollen, in deren Wesen bleiben. Verzichtet ein Genosse auf jeden Antheil am Gewinne, und bringt doch seine Einlage oder seine persönliche Verhaftung zu, so tritt solche Abrede aus dem Gebiete des Gesellschaftsrechts in das der Schenkungen über, und der Handelsrichter hat daher nach den für diese bestehenden Zivilgesetzen[19] die ihm vorgelegte Frage zu entscheiden, inwiefern der Genosse an den Verzicht gebunden sei. Wird dies verneint, und hatte der Betrieb begonnen, so bleibt nichts übrig, als nach den Grundsätzen zu theilen, welche in Ermangelung vertragsmäßiger Einigung gelten. Den anderen Genossen kann eine Fortsetzung der Gesellschaft unter diesen nicht beabsich-
125 tigten Umständen allerdings nicht zugemuthet werden. — Ob hinter der Verabredung eines unverhältnißmäßigen Antheils am Gewinne eine Schenkung verborgen liege, ist Sache der thatsächlichen Feststellung.

Angelegt wird die Vertheilung regelmäßig bei der jährlichen Bilanz, damit, wenn auch eine baare Ausgleichung nicht erfolgt, doch jedes Mitglied, was für ordentliche Geschäftsleute unentbehrlich ist, den Stand seines in der Gemeinschaft arbeitenden Vermögens übersehen könne.

Die Ausführung gestaltet sich am einfachsten, wo die An-
186 theile der Mitglieder am Gesellschaftsvermögen nach Aktien be-
224 stimmt sind. Was die Generalversammlung auf den von ihren
239 Berichterstattern vorgeprüften Antrag des Vorstandes oder der Ge-

---

[18]) Von neueren Schriftstellern, welche dasselbe tadeln, sind zu nennen Goldschmidt, Gutachten S. 53. Rösler bei Goldschmidt 4, S. 320. Koch, R. d. Ford. III, §. 303. Fischer (Ellinger-Blodig), H. R. §. 315. Auerbach a. a. O. §. 9.

[19]) Für das Röm. R. v. Savigny 4, §§. 142 ff. Sintenis §. 23. v. Holzschuher III, S. 391 ff. Preuß. A. L. R. §§. 1037—1177, Tit. 11, Th. I. C. c. art. 893—966. Oesterr. G. B. §§. 938—956.

ranten nach der Bilanz und, wenn im Gesellschaftsvertrage die 193
Innehaltung eines Reservekapitals vorgeschrieben ist, bei Abzug 197
desselben als reinen Ueberschuß feststellt, kommt unmittelbar zur 217
Vertheilung. Zur allseitigen Bequemlichkeit sind den Aktien Dividendenscheine beigefügt. Gegen deren Einreichung zahlt die Gesellschaftskasse den fälligen, nach dem festgestellten Prozentsatze zu berechnenden Betrag. Was nicht innerhalb eines im Statute ausgemachten, meist auf den Dividendenscheinen vermerkten Zeitraums, gewöhnlich von vier oder fünf Jahren, erhoben wird, verfällt der Gesellschaft.

In gutem Glauben bezogene Dividenden braucht, auch wenn 197
bei der Verausgabung nicht regelrecht verfahren worden, der Em- 218
pfänger nicht zurückzuzahlen.

Was von den Dividenden gilt, findet auch auf Zinsen Anwendung, soweit dieselben bei Aktien-Gesellschaften zulässig sind. Abgesehen von den, während der Vorbereitungszeit zahlbaren, welche nur aus dem Kapitale entnommen werden können, wurden solche bisher häufig als Theile der erst nach dem jährlichen Abschlusse vollständig zu bemessenden Dividende vorausgegeben. Wenn das Gesetzbuch auch solche Abschlagszahlungen auf zu erwartende Dividenden verbietet, so konnte dies einerseits, der Natur jedes Gesetzes gemäß, nicht mit rückwirkender Kraft auf bestehende Gesellschaften, deren Statuten solche Zahlungen genehmigen, andererseits nicht für die sogenannten garantirten Zinsen geschehen. Bei diesen verspricht der Staat, wenn die reinen Einkünfte des Unternehmens nicht zur Deckung einer bezeichneten Dividende reichen, im Belaufe derselben aus eigenen Mitteln einzustehen. Hier ist es Sache seines Abkommens mit der Gesellschaft, den Zeitpunkt festzusetzen, an welchem die Zahlung auf sein Risiko oder aus seinen Kassen erfolgen darf.

Bei offenen und gewöhnlichen Kommandit-Gesellschaften fand das Gesetzbuch die schroffsten Gegensätze über Ausführung der Vertheilung vor. Von dem Gesichtspunkte, daß erst nach Beendigung des ganzen Unternehmens sich zeigen könnte, ob dabei gewonnen sei, wollte man bis dahin jede Auszahlung auf vermeintliche Gewinnantheile versagen, doch ist auf der anderen Seite zu bedenken, daß der Gesellschafter, auch wenn er mit seinem ganzen Vermögen haftet, doch regelmäßig nur gerade den in seiner

Einlage vorausbestimmten Antheil desselben in dem einen Betriebe
wagen will. Den Zuwachs derselben entzieht er dadurch allein,
daß er ihn herausnimmt, nicht den Gläubigern, er stellt ihn diesen,
indem er den Umfang der Geschäfte in dem ursprünglichen Maße
erhält, vielleicht gerade sicherer. Seinem freien Willen war es
mindestens zu überlassen, durch jenen Zuwachs den Betrieb zu er-
weitern, oder, soweit die laufenden Geschäfte nicht darunter leiden,
ihn herauszunehmen. Dieser Anschauung entspricht das Gesetzbuch
108 mit der Vorschrift, daß der einzelne Genosse auch ohne Einwilligung
der übrigen auf seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen die Zinsen
desselben für das letztverflossene Jahr, und, soweit es nicht zum
offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht, Gelder bis zu einem
Betrage entnehmen dürfe, welcher seinen Antheil am Gewinne des
letztverflossenen Jahres nicht übersteigt.

85 Ist der Antheil früherer Jahre einmal stehen geblieben, so
317 muß darin eine genügende und einseitig nicht mehr widerrufliche
108 Einwilligung des Berechtigten gefunden werden, jenen Zuwachs an
Zinsen und Gewinn als eine neue Einlage in der Gemeinschaft
fortwirken zu lassen.

Bei dem Kommanditisten konnten um so weniger andere
Regeln gelten, als bei ihm die Absicht, nur die Einlage an das
Geschäft zu wagen, bis zu dem Entschlusse ausgebildet ist, unter
keinen Umständen weiter haften zu wollen. Ihm pflegt der Ge-
danke, die Nutzungen der Einlage auf lange Dauer zu entbehren
und dagegen Zins auf Zins zu häufen, noch ferner zu liegen, be-
sonders, wenn er selbst kein Kaufmann ist. So lange nur die
vertragsmäßige und den Gläubigern mit dem Handelsregister be-
151 kannt gemachte Einlage nicht geschmälert wird, sind weder diese
noch die Genossen in irgend einem Rechte gekränkt.

Hiernach rechtfertigt sich auch vollkommen die besondere Be-
stimmung des Gesetzbuches:

161 Er (der Kommanditist) ist nicht verpflichtet, die Zinsen und
den Gewinn, welche er bezogen hat, wegen späterer Ver-
luste zurückzuzahlen; jedoch wird, so lange seine ursprüng-
liche Einlage durch Verlust gedeckt ist, der jährliche Gewinn
zur Deckung verwendet.

IV. Rechtsverhältniß gegen Dritte.

§. 28. Nach Außen erscheint die Handelsgesellschaft als eine 111
Einheit, welche unter ihrer Firma Rechte, auch dingliche, und Eigen- 164
thum an Grundstücken erwerben,[20] klagen und bei dem Gerichte, 213
in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, als an ihrem ordentlichen Ge-
richtsstande verklagt werden kann.

Ihr Vermögen ist von demjenigen der einzelnen Genossen ge- 119
sondert,[21] und daher den Gläubigern desselben unzugänglich, soweit bis
nicht etwa diesen, — was keine Ausnahme enthält[22] — ein dingliches 122
Recht auf eine eingebrachte Sache zustand. 169

Neu eintretende Genossen können Dritten gegenüber sich der 113
Haftung für die bereits bestehenden Gesellschaftsschulden nicht ent- 166
ziehen.

Obwohl man die Handlungsgesellschaften mit diesen wesentlichen Befugnissen selbstständiger Rechtssubjekte bekleidete, opferte man deren Bezeichnung als juristische Personen dem anerkennenswerthen Streben nach Einigung, da die gemeinrechtlichen Juristen ihre aus dem früheren Rechte hergebrachten Bedenken auch

---

20) Die Eintragung ins Hypothekenbuch erfolgt auf den Glauben des Handelsregisters für die Firma ohne Bezeichnung der Theilnehmer nach den Einf. G. v. Preußen Art. 23 (u. Instr. des Just. M. dazu), Sachsen §. 10, Bayern §§. 41. 42, Schw.-Sondershausen §. 13.

21) Wenn dennoch der Konkurs über die Gesellschaft den Konkurs über die einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter zur Folge hat, was in Preußen durch K. O. §. 288 zum Mißfallen Kochs (Anmerkung zu §. 288) und durch Einf. G. Art. 36, ferner durch die Einf. G. v. Sachsen §. 11, Nassau §. 16, Sondershausen §. 18 unbedingt, v. Bayern Art. 44 beim Antrage auch nur eines Gesellschaftsgläubigers vorgeschrieben ist, so findet dies darin seine Rechtfertigung, daß es als eine Zahlungseinstellung gelten muß, wenn der Genosse die mit in seiner persönlichen Haftung liegende Pflicht zur Abwendung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen nicht erfüllt. — Daß der Gesellschaftsgläubiger seinen etwaigen Ausfall im Gesellschaftskonkurse bei den besonderen Konkursen der einzelnen Genossen liquidiren kann, ist, auch wo die Gesetze dies nicht ausdrücklich hervorheben, wegen der gegebenen solidarischen Verbindlichkeit unbestreitbar.

22) Puchta, Pand. §. 141. Pr. A. L. R. §. 137, Tit. 2, Th. II. Zachariä, Handbuch §. 130. Oesterr. G. B. §. 307.

bei der neuen Gesetzgebung festhielten, und überließ der Wissenschaft die Frage, ob dieser Name gerechtfertigt sei.[23]

Die Einheit ist im Geschäftsverkehre festgehalten, gewährt demselben Leichtigkeit und sichert ihn für Dritte:

114 Jeder einzelne Geschäftsführer, bei Aktiengesellschaften der ge-
bis sammte Vorstand, vertritt die Gesellschaft nach Außen unbeschränkbar,
118 auch vor Gericht,[24] und verpflichtet sie, wenn nur die Umstände
217 bis ergeben, daß nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft
232 abgeschlossen werden sollte.[25]

112 Der Geschäftsführer selbst wird mit verpflichtet, sofern er als
167 Gesellschafter persönlich haftet, doch muß der Kommanditist, der
196 ein Geschäft im Namen der Gesellschaft schließt, weil er hiezu
158 regelmäßig nicht befugt ist, zur Vermeidung falschen Scheines ausdrücklich sagen, daß er als Prokurist oder Bevollmächtigter handle.

---

[23]) Die Frage ist ziemlich müßig, da, wenn schon aus den beigelegten Befugnissen auf den Namen, doch nicht weiter von dem Namen auf irgend ein nicht ausdrücklich verliehenes Recht geschlossen werden darf. Uebrigens ist die Bejahung in Preußen (vergl. Gelpcke, Zeitsch. f. Handelsr. II, S. 3), im Gebiete des Code (Rogron, C. d. c. art. 49; Pardessus 975 f.) und in Oesterreich (G. B. §§. 26. 1202) zweifellos, dürfte aber auch für das gemeine Recht nicht zu umgehen sein, weil die Handelsgesellschaft zum selbstständigen Träger von Vermögensrechten (v. Savigny, Syst. II, §. 85; Sintenis §. 15) gemacht ist, und der Mangel einzelner Rechte, die sonst künstlich angenommenen Subjekten zustehen (vergl. z. B. l. 7 Dig. §§. 1 u. 2, quod cuj. un. [3, 4] und dagegen Art. 112. 123 Nr. 2 des H. G. B.), deren Persönlichkeit nicht aufhebt. Auch physische Personen sind nicht alle gleichberechtigt. — Vergl. Ladenburg bei Siebenhaar X, S. 254.

[24]) Durch die zwingende Bestimmung der Art. 116 u. 117 scheint widerlegt, was die Protokolle S. 1005 als selbstverständlich betrachteten, daß im Falle des Art. 100 Abs. 1 nur die sämmtlichen Gesellschafter zum Prozesse legitimirt seien. Die Prozeßführung ist allerdings ein Rechtsgeschäft, aber nach Außen. Art. 100 redet, wie der ganze dritte Abschnitt, nur vom Verhältnisse der Gesellschafter untereinander, und legt deshalb dem eigenmächtigen Geschäftsführer nur eine Verantwortung gegen die Gesellschaft auf.

[25]) Diese Vorschriften gelten auch für Kommanditgesellschaften, denn, wenn schon Art. 167 u. 196 sagen, daß die Gesellschaft durch „die persönlich haftenden Genossen“ vertreten werde, so kann durch diesen allgemeinen Satz nur der Kommanditist für ausgeschlossen, die Befugniß des Einzelnen zur verbindlichen Geschäftsführung aber um so weniger für beseitigt erachtet werden, als Art. 150 ausspricht: Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene.

Versäumt er dies, so wird er gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet.

Die Verbindlichkeit der einzelnen persönlich haftenden Mitglieder ist eine solidarische,[26] und Dritten gegenüber nicht beschränkbar. 112

Die beabsichtigte Beschränkung, daß der einzelne Genosse nicht früher als die Gesellschaft verklagt werden könne, ist mit dem Artikel 117 des Preußischen Entwurfes gestrichen worden.[27]

Eine unter dem Gewande einer Ordnung der Gläubiger verborgene eingreifende Beschränkung dagegen ist den Landesgesetzen vorbehalten, insofern diese für den Fall des Konkurses den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf 122
deren Privatvermögen ertheilen können.[28] Das Mitglied einer zusammenfallenden Gesellschaft erhält dadurch Kredit, um bis zu deren Bruche auf Kosten seiner redlicheren Genossen oder der Gesellschaftsgläubiger in Saus und Braus zu leben. Auch wird man sich nicht wundern dürfen, bei so günstigen Verhältnissen, unter den Privatgläubigern mit ganz besonders hohen Ansprüchen Väter, Gatten, Brüder und andere gute Freunde des Schuldners anzutreffen.

V. Auflösung der Gesellschaft und Austritt einzelner Genossen.

§. 29. Die gemeinsamen Gründe der Auflösung bei allen Arten von Handelsgesellschaften sind:

---

26) In diesem Satze hatte bereits früher eine Anzahl gemeinrechtlicher Juristen sich durch Anwendung des Institorenverhältnisses mit den Partikulargesetzgebungen (Pr. A. L. R. §. 647, Tit. 8, Th. II; §. 239, Tit. 17, Th. I; C. d. c. art. 22; Oesterr. G. B. §. 1203) vereinigt.

27) Zu dieser Entscheidnng, welche eine wohlbegründete Ausnahme erleidet 122
bei dem Konkurse der Gesellschaft, führen die Vorschriften der Territorialrechte über Solidarobligationen. Für das gem. R. Sintenis §. 89; Preuß. A. L. R. §. 430, Tit. 5, Th. I; C. c. art. 1203; Oesterr. G. B. §. 891. Siehe unten §. 61.

28) Eine solche Bestimmung findet sich in der Hamb. Falliten O. Art. 64 Nr. 4, und ist jetzt eingeführt von Sachsen Einf. G. §. 11 Abs. 2; obgleich bereits in der Nürnberger Konferenz (Prot. S. 4525) sich eine sehr gewichtige Stimme dagegen erhob.

123 1. Gegenseitige Uebereinkunft, welche bei Aktiengesellschaften
170 an notarielle oder gerichtliche Form gebunden ist,[29]
206 2. Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft einge-
242 gangen wurde, sofern keine stillschweigende Verlängerung auf unbestimmte Dauer stattfindet,[30]

3. Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft.

Andere Gründe der Auflösung liegen im Wesen der besonderen Gesellschaften:

Die offene Handelsgesellschaft ist mit Rücksicht auf die Persönlichkeit jedes einzelnen Genossen gegründet, deshalb wird sie regelmäßig beim Ausscheiden eines Genossen aufgelöst. Dies kann
123 ein freiwilliges sein, sofern, wo keine Dauer vorausbestimmt
124 ist, das Kündigungsrecht — mindestens sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres — ausgeübt wird, oder ein nothwendiges, sei es durch allgemeine gesetzliche Vorschrift von selbst gegeben,

123 1. wenn der Genosse stirbt, und nicht im Vertrage Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorgesehen ist,
2. wenn er in Konkurs verfällt oder zur selbstständigen Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird,

sei es, daß eine Klage über ihn begründet ist, weil er etwa

125 1. bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfahren,
2. die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterlassen,

---

[29]) Bei Kommanditgesellschaften auf Aktien ist dies nicht ausdrücklich gesagt, es muß aber angenommen werden, weil Art. 198 jede Abänderung an diese Form knüpft. Der Satz, daß zur Auflösung eines Geschäfts durch Uebereinkunft die Form der Eingehung gehöre, ist aus dem Römischen Recht (l. 35. 153 D. de R. J. [50, 17]) nicht als Regel in die Landesrechte übernommen. Vergl. hierüber §§. 385 ff., Tit. 5, Th. I A. L. R. u. Oesterr. G. B. §. 883, aber auch C. c. art. 1341 ff. 1866 und unten Buch IV, §. 77.

209 [30]) Solche Verlängerung ist bei Aktien-Gesellschaften, wennschon die Eingehung auf unbestimmte Zeit geschehen kann, ausgeschlossen, weil die zu ihrem Bestehen erforderliche staatliche Genehmigung nicht weiter reicht, als bis zum Ablaufe der statutenmäßigen Zeit. Aus demselben Grunde scheint solche Verlängerung bei Kommanditgesellschaften auf Aktien unzulässig, wo die staatliche Genehmigung vorgeschrieben ist. Die allgemeine Fassung des Art. 200 steht nicht entgegen.

3. die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke gemißbraucht hat,
4. durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig geworden;

sei es endlich, daß ein Gläubiger des Gesellschafters, der dessen 126
Privatvermögen fruchtlos angegriffen, und nun die Beschlagnahme des demselben bei einstiger Auflösung der Gesellschaft zukommenden Guthabens erwirkt hat, seine Befriedigung herbeizuführen sucht durch Kündigung — mindestens sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres — und demnächstigen Antrag auf Auseinandersetzung.

In allen diesen Fällen wird jedoch die Auflösung durch ein- 127
stimmigen Beschluß der übrigen Genossen abgewendet, und nnter 128
diesen die Gesellschaft mit allen bisherigen Rechten und Verbind- 132
lichkeiten fortgesetzt.

Bei Kommandit-Gesellschaften gelten dieselben Vor- 170
schriften, auch darf bei ihnen, wie bei offenen Handelsgesellschaften, außerdem die Auflösung aus Gründen, deren Wichtigkeit der Richter
zu prüfen hat, z. B. wenn wegen äußerer Umstände die Erreichung 125
des gesellschaftlichen Zweckes nicht mehr möglich ist, beantragt werden, nur hat,

wenn ein Kommanditist stirbt, oder zur Verwaltung seines 170
Vermögens rechtlich unfähig wird,[31] dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Bei Kommandit-Gesellschaften auf Aktien gilt, sofern 199
sie theils offene, theils Kommandit-Gesellschaften sind, dasselbe;
jedoch ist bei ihnen der Austritt eines persönlich haftenden Genossen 200
ganz unstatthaft, andererseits für ihr Bestehen das Schicksal des Aktionärs, wie bei reinen Aktien-Gesellschaften, unwesentlich.

Bei letzteren findet dagegen die Auflösung statt, wenn sich das 242

---

31) Z. B. durch gerichtliche Entmündigung (Interdiktion), Prodigalitätserklärung, Zuchthausstrafe. Nicht einbegriffen ist die Konkurseröffnung. Dies ergiebt sich aus dem Gegensatze zu Art. 200, worin die Konkurseröffnuug neben jener Unfähigkeit genannt ist, und aus dem Umstande, daß nur dem Gläubiger des Aktionärs das Recht des Art. 126 versagt ist, die Auseinandersetzung der Gesellschaft zu verlangen.

Stammkapital um die Hälfte vermindert hat, oder aus anderen Gründen die Genehmigung des Staates zurückgezogen wird.[32]

130 Eine Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Ge-
172 nossen erfolgt, wenn derselbe nicht Aktionär ist; und zwar in baarem
Gelde auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung[33] befindet.

Die laufenden Geschäfte sind nach dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter, welche jährlich Rechnung legen, fortzuführen, und vor der vollständigen Ausgleichung zu beendigen.

VI. Liquidation der Gesellschaft.

137 §. 30. Die Geschäfte, welche von Auflösung der Gesellschaft
172 ab zur vollständigen Auseinandersetzung gehören, als Versilberung
des Vermögens mit öffentlicher Versteigerung unbeweglicher Sachen, Abschluß von Verträgen und Vergleichen, Führung von Prozessen, Vertheilung von Geldern, sind unter der Bezeichnung „Liquidation" zusammengefaßt.

133 Diese wird, außer dem Falle des Konkurses von den sämmt-
lichen bisherigen Genossen[34] oder ihren Vertretern,[35] unter denen
205 die Aktionäre von Kommandit-Gesellschaften jedoch nur durch ihre
in General-Versammlungen gewählten Abgeordneten betheiligt sind,
244 bei reinen Aktien-Gesellschaften durch den Vorstand ausgeführt.

Die Stelle eines verstorbenen Gesellschafters wird durch einen Vertreter seiner Rechtsnachfolger eingenommen.

---

[32]) In Preußen kann dies „aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohles" gegen Entschädigung geschehen; auch wegen rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen, durch welche das Gemeinwohl gefährdet ist, die Auflösung ohne Entschädigung durch gerichtliches Erkenntniß ausgesprochen werden. Einf. G. Art. 12 §§. 4. 5.

[33]) Entspricht der hergebrachten Wirkung der Klagebehändigung (Heffter, Syst. des Röm. u. D. Ziv. Pr. §. 346; Pr. Pr. O. §. 48, Tit. 7; A. L. R. §. 276, Tit. 17, Th. I; Oesterr. G. B. §. 338; C. d. P. art. 57. 342; Bad. Pr. O. Art. 384) und dient zur Sicherung (Mot. S. 69) der übrigen Genossen.

[34]) Nicht von den bisherigen Geschäftsführern, weil diese nur auf die Dauer der Gesellschaft ernannt sind.

[35]) Wenn ein Genosse handlungsunfähig geworden, oder in Konkurs verfallen.

Abweichende Einrichtung ist durch einstimmigen Beschluß erreichbar, auch kann auf Antrag eines Mitgliedes aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter geschehen, welcher hiebei an die Person der Gesellschafter nicht gebunden ist.

Gleichmäßig erfolgt die Abberufung eines Liquidators durch 134
einstimmigen Beschluß,[36] oder auf Antrag eines Genossen aus wichtigen Gründen durch den Richter.

Die Liquidatoren legen ihre Unterschriften —
die bisherige, nun als Liquidationsfirma zu bezeichnende 139
Firma mit ihren Namen —
beim Handelsgerichte nieder. Die ernannten und die ausgeschiedenen 135
werden ins Handelsregister eingetragen.

Dritten gegenüber sind sie unbeschränkbar, doch können sie nur 138
in Gemeinschaft gültig handeln, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich 136
bestimmt ist, und müssen bei eigener Vertretung gegen die Gesell- 140
schafter den von diesen einstimmig getroffenen Anordnungen Folge geben.

Auch Prozesse können sie nur gemeinsam führen, doch geschehen
Zustellungen[37] an die Gesellschaft mit rechtlicher Wirkung an einen 144
der Liquidatoren.

Streitigkeiten, welche bei der durch die Liquidatoren herbei- 142

---

[36]) Auch des richterlich ernannten. Für diese Entscheidung der offen gebliebenen Frage (Prot. 251) spricht die allgemeine Fassung des Art. 134. Freilich erscheint danach der Richter mittelbar in seiner Auswahl beschränkt, und zwar allein zu Gunsten derer, welche die Bestellung eines Liquidators beantragt haben, doch nur insofern, als gegen bestimmte Personen gerichtete Bedenken zu berücksichtigen sein werden. Die wichtigen Gründe, welche den Antragstellern, deren Redlichkeit vorausgesetzt, die Einführung eines neuen Liquidators wünschenswerth machten, werden sie von einer willkürlichen Entfernung des ernannten Liquidators abhalten. Vor Arglist ist jeder andere Gesellschafter geschützt durch seine eigene Stimme.

[37]) Art. 137 des Pr. Entwurfs sprach von Behändigung der Vorladungen und anderen Zustellungen. Hieraus war deutlicher als jetzt ersichtlich, daß nur für Zustellungen im Prozesse eine den Geschäftsgang erleichternde Vorschrift gegeben werden sollte (vergl. Pr. Pr. O. §. 31, Tit. 7, Ver. v. 5. Mai 1838; Bad. Pr. O. Art. 314; Hann. Pr. O. §. 33; v. Linde in der Zeitsch. f. Zivilr. u. Pr. 16, S. 114 ff.), doch kann darüber nach dem Zusammenhange des Art. 144 und nach Art. 136 kein Zweifel sein. Empfangnahme von Geld und Geldeswerth ist eine zur Liquidation gehörende Handlung.

zuführenden Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern entstehen,
sind von diesen vor Gericht zu bringen.

143 Sie haben auf verhältnißmäßige Befriedigung in baarem Gelde
245 Anspruch.[38] Für eingebrachte Sachen wird beim Mangel einer Uebereinkunft deren Werth zur Zeit der Einbringung berechnet.

141 Vertheilungen dürfen vorgenommen werden, sobald, nach Rückhalt der Deckungsmittel für Gesellschaftsschulden, Gelder entbehrlich
202 sind; jedoch bei Aktien-Kommandit-Gesellschaften außer dem Falle des Konkurses erst nach Ablauf eines Jahres von Eintragung der Auflösung in das Handelsregister, bei reinen Aktien-Gesellschaften erst nach Ablauf eines Jahres vom Erscheinen der
245 öffentlichen Blätter, in welchen die Auflösung zum dritten Male
243 verkündigt wurde.

Bei beiden Arten von Aktien-Gesellschaften sind die
202 bekannten Gläubiger öffentlich zur Meldung aufzufordern, und wo diese ausbleibt, die auf sie fallenden Beträge, wie die für schwebende Verbindlichkeiten und streitige Forderungen zurückzuhaltenden, gerichtlich niederzulegen.

144 Bis die Auseinandersetzung beendigt ist, gilt die aufgelöste Gesellschaft, soweit dies mit dem Wesen und den dargestellten Vorschriften der Liquidation vereinbar ist, rechtlich noch als fortgesetzt.

Nach der Beendigung sind die Bücher und Schriften der Ge-
33 sellschaft auf zehn Jahre zur Einsicht und Benutzung der Genossen
246 und ihrer Rechtsnachfolger zu bewahren, bei Aktien-Gesellschaften
145 an einem vom Handelsgerichte zu bestimmenden sicheren Orte, bei allen übrigen durch einen Gesellschafter oder einen Dritten, welchen nur im Streite das Handelsgericht bezeichnet.

VII. Verjährung.[39]

§. 31. Der persönlich mit seinem ganzen Vermögen oder in Höhe seiner Einlage haftende Genosse wird, wenn sein Verhältniß
146 zur Gesellschaft, oder diese selbst sich auflöst, von Gesellschafts-
172 schulden nicht befreit, doch verkürzt ihm das Gesetz die Sorge wegen

---

[38]) Siehe oben §§. 23. 27.

[39]) Siehe unten die Klagenverjährung im Allgemeinen.

hieraus gegen sein Vermögen herzuleitender Klagen, indem es diese 147
— wo nicht Territorial-Gesetze nach Beschaffenheit der Forderung kürzere Frist bestimmen — einer ausnahmslosen fünfjährigen 149
Verjährung unterwirft.

Sie beginnt „mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters aus derselben in das Handelsregister eingetragen[40] ist, oder dem Zeitpunkt ihrer späteren Fälligkeit."

Auf die Unterbrechung der Verjährung sind die Rechtsgrundsätze der verschiedenen Länder anzuwenden; auch darin, daß die Unterbrechung nur demjenigen Schuldner entgegensteht, gegen welchen die unterbrechende Rechtshandlung vorgenommen ist. Doch gelten
in dieser Beziehung Liquidatoren als Vertreter der einzelnen Ge- 148
nossen.

---

40) Der Preuß. Entwurf wollte sie am Tage der Bekanntmachung beginnen lassen (Mot. S. 75). Der Gegengrund, daß für alle Gläubiger die Verjährung zu gleicher Zeit beginnen solle (Prot. S. 267), ist unerheblich, weil jeder Gläubiger die Verjährung besonders unterbrechen kann.

Die Frage, ob der Einwand des Gläubigers durchgreife, daß er von den Eintragungen keine Kenntniß erhalten konnte, — welche bereits in den Protokollen besprochen ist —, wird bei der bestimmten Fassung des Art. 146, und weil derselbe auf die Bekanntmachung grundsätzlich kein Gewicht legt, sowie wegen der in Art. 149 hervortretenden Abneigung gegen die gebräuchlichsten Ausnahmen der Verjährung für alle Territorialrechte zu verneinen sein.

Unzweifelhaft ist auch die offen gelassene Frage zu verneinen, ob eine vor der Eintragung bereits begonnene andere Verjährungsfrist um neue fünf Jahre sich verlängere. Der Schuldner kann nicht ein Recht dadurch verlieren, daß er ein zweites daneben erhält.

Drittes Buch.

Von der stillen Gesellschaft und von der Gelegenheitsgesellschaft.

I. Einleitung.

§. 32. Es giebt Vermögens-Vereinigungen, welche, im Unterschiede von Handelsgesellschaften, einen gemeinschaftlichen Handelsbetrieb nicht bezwecken, insofern

1. ihr Handelsbetrieb kein gemeinschaftlicher sein soll, oder
2. die Gemeinschaft nur auf einzelne Geschäfte, aber nicht auf einen Handelsbetrieb gerichtet ist.

II. Stille Gesellschaft.

250 §. 33. Wenn Jemand an dem Handelsbetriebe eines Andern gegen Antheil am Gewinne oder Verluste mit einer Vermögenseinlage sich so betheiligt, daß diese in das ausschließliche Eigenthum des Andern übergeht, so besteht zwar eine Genossenschaft unter den Theilhabern an dem gemeinschaftlichen Gewinne und Verluste, nicht nach Außen, — eine stille Gesellschaft.[1]

---

[1]) Dies ist die alte Italienische Akkomandita, welche auch in Deutschland eingebürgert ist, im Unterschiede von der in Frankreich entwickelten, durch die ordonnance de commerce von 1673 bestätigten, im C. d. c. anerkannten Kommandit-Gesellschaft, welche nicht ohne erhebliche Veränderungen (Prot. S. 1158) im zweiten Buche Platz gefunden hat. (Vergl. von den in §. 21 Anmerkung 1 angeführten Schriftstellern: Schliemann, Krit. Bem. S. 42 ff. Goldschmidt, Gutachten S. 56 ff. Primker S. 82. 88. Auerbach §§. 32 ff., welcher letztere, zum

Der Inhaber des Handelsgewerbes schaltet mit seinem Eigen- 252
thume, in welches die Einlage aufgenommen ist, unter seiner Firma, 251
und Dritten gegenüber für eigene Rechnung. Neben diesem er- 256
scheint der stille Gesellschafter[2] in Ansehung seiner Einlage als
Gläubiger, soweit dieselbe nicht von Verlusten geschmälert ist; 255
als **Schuldner**, soweit dieselbe rückständig und nicht durch Ge-
winn gedeckt ist. Im Konkurse des Inhabers tritt dies besonders
scharf hervor. Ein Gesellschaftsvermögen war nie vorhanden, eine
Absonderung kann also nicht gefordert werden. Der stille Gesell- 258
schafter liquidirt die gezahlte Einlage nach Abrechnung des sie tref-
fenden Verlustes als Gläubiger.[3] Für die rückständige Einlage haftet
er in Höhe seines Verlustantheils als Schuldner.

Nachtheil für die erforderliche Klärung der durch das Handelsgesetzbuch einmal gegebenen Unterscheidung, in seiner Abneigung gegen diese auch die hervortretenden Namensunterschiede verwirft; außerdem **Borchardt** bei Siebenhaar 7, S. 361 ff.)

Man stellte beide Arten nebeneinander, um entgegengesetzte Wünsche zu ver-
mitteln, doch ist dem Kapitalisten, welcher Geld in ein Handelsgewerbe geben, aber 151
seine Namhaftmachung bei dem Handelsgerichte vermeiden will, wie der Kommissions-
Bericht des Preuß. Abgeordnetenhauses richtig bemerkt, der vortheilhaftere Weg
geöffnet, sich anstatt des Antheils einen dem gehofften Gewinne entsprechend hohen
Zins zu bedingen. Die hier behandelte stille Gesellschaft wird also kaum andere 292
Anwendung finden, als wo die Gläubiger hintergangen werden sollen. Die Anfechtungsklage gewährt denselben keinen ausreichenden Schutz. Dies war die Ursache, weshalb der Preuß. Entwurf die Deutsche stille Gesellschaft, welche er im Landrecht vorfand, ausschloß. Motive S. 77.

Die gefürchtete Schwierigkeit, die beiden Arten von Einlagebetheiligungen im einzelnen Falle zu unterscheiden, ist in der Praxis bereits mehrfach hervorgetreten. Vergl. **Keyßner** in der Deutschen Gerichts-Zeitung v. 16. Juli 1862.

[2]) Die Italiener sagten particeps est — non socius. In Deutschland war streitig, ob er Gläubiger oder Genosse sei. Hier ist er beides.

[3]) Zum Beispiel: Aktiv-Masse = 1000. Passiv-Masse = 2000. Gesammtverlust = 1000. Davon habe, weil ursprünglich der Inhaber 1950 besaß und der stille G. 50 einschoß, jener $\frac{39}{40}$, dieser $\frac{1}{40}$ zu tragen, so ist der Antheil, welchen der stille G. als Forderung geltend machen kann = 25. Diese 25 treten der Passiv-Masse von 1000 hinzu. Fallen nun 400 auf bevorzugte Gläubiger, so theilt sich der Ueberrest der Aktiv-Masse von 600 auf 1625, und der stille G. erhält überhaupt $9\frac{3}{13}$. Er leidet also doppelten Verlust, doch in richtiger Folge seiner Doppelstellung als Genosse und als Gläubiger. — Der Art. 258 ist erst bei der dritten Lesung (Prot. S. 4547 ff.) aufgenommen, statt des von den Kritikern lebhaft angefochtenen Art. 243 Abs. 1 der zweiten Lesung, welcher den stillen Gesellschafter erst hinter allen Privatgläubigern des Inhabers ansetzen wollte.

253 In seiner Eigenschaft als Genosse hat er Abschrift der jähr-
lichen Bilanz und zu deren Prüfung Einsicht der Bücher und Pa-
piere, sowie jährliche Berechnung seines Gewinnes und Verlustes
254 — im Zweifel nach einem vom Richter festzusetzenden Verhältniß —,
255 auch Auszahlung seines nach Deckung früherer Verluste sich er-
gebenden Reingewinnes zu fordern. Dieser vermehrt die Einlage nicht,
wenn er stehen bleibt, und braucht wegen späterer Verluste nicht
zurückgezahlt zu werden, wenn er erhoben ist.

Aufgelöst wird die stille Gesellschaft

261 1. durch Tod des Inhabers, wenn nichts Anderes verabredet ist,
2. durch rechtliche Unfähigkeit des Inhabers zur Vermögens-
verwaltung,
3. durch Konkurs über einen der Theilhaber,
4. durch Uebereinkunft,
5. durch Ablauf der Zeit,
6. durch Aufkündigung bei Verträgen auf unbestimmte Zeit,
zu welchen Verträge auf Lebenszeit gehören, — mindestens
sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres,
262 7. aus wichtigen Gründen, deren Würdigung dem richterlichen
Ermessen unterliegt, zu jeder Zeit.

265 Die schwebenden Geschäfte werden vom Inhaber fortgeführt.
Nach deren Beendigung wird das Guthaben des stillen Genossen
in baarem Gelde ausgezahlt.

Die dargestellten Befugnisse der Genossen sind zum Besten
der beiderseitigen Gläubiger beschränkt:

263 1. Der Einschuß des stillen Gesellschafters unterliegt den An-
126 griffen seiner Gläubiger in denselben Graden, wie derjenige
des Kommanditisten.
2. Die Gläubiger des Geschäftsinhabers haben zwar ihm allein
Kredit gegeben, aber nicht ohne Rücksicht auf seinen Geschäfts-
259 Umfang. Damit nicht die Erweiterung desselben durch eine
Einlage und die Herbeiführung des Konkurses durch deren
plötzliche Zurückziehung zum Gegenstande betrüglicher Be-
rechnung werde, ist den Gläubigern die Anfechtungsklage
gegen Vereinbarungen beigelegt, durch welche innerhalb
Jahresfrist vor Eröffnung des Konkurses die Gesellschaft
aufgelöst, dem stillen Gesellschafter die Einlagen erstattet,

oder sein Verlustantheil ganz oder theilweise erlassen worden. Der stille Gesellschafter kann solche Vereinbarungen nur durch den Nachweis schützen, daß erst nach denselben die Umstände eingetreten, welche den Konkurs veranlaßt haben.[4]

III. Gelegenheitsgesellschaft.

§. 34. Die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung gewährt den Genossen, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, bei gleichen Pflichten gleiche Rechte, 267
mit der einzigen Abweichung, daß von dem Erwerbe jeder die 268
Zinsen[5] seiner Einlage vorweg erhält.

Dritten gegenüber werden sie aus gemeinschaftlich oder von 269
einem Bevollmächtigten in ihrem Namen geschlossenen Geschäften sämmtlich solidarisch[6] berechtigt und verpflichtet.

Der Theilnehmer, welcher ein gemeinschaftliches Geschäft ohne 269
Auftrag oder im eigenen Namen abschließt, begründet nur für seine Person Rechte und Verbindlichkeiten.

Der Führer des Geschäfts muß spätestens nach dessen Beendigung Rechnung legen und die Liquidation besorgen. 270

---

[4]) Bei der actio Pauliana des gemeinen Rechts müssen die Gläubiger Thatsachen beweisen, aus denen zu folgern ist, daß der Schuldner ihre Beeinträchtigung beabsichtigte, und — wenn die Veräußerung keine unentgeldliche war —, daß dessen Mitkontrahent darum wußte. Unterholzner, Schuldv. §. 346. v. Holzschuher III, S. 1059. Sintenis §. 124. Entsch. des Tribunals zu Celle v. 9. Oktober 1860 im 5. Jahrg. der Anw. Samml. S. 192 ff. — Im Preuß. R. (Konk. Ord. §§. 99 ff.) ist ihnen nach dem Muster des C. d. c. art. 443—446 (vergl. C. c. art. 1352), Franz. Fallimentsges. v. 1838 art. 446 die Anfechtung erleichtert, indem an gewisse Umstände die Fiktion der Betrüglichkeit geknüpft ist. Vergl. Koch, R. d. Ford. II, §. 190. 3.

[5]) Wie viel Prozent ist nicht gesagt, also der Regel nach 6 %, und nicht, 287
wie bei Handlungsgesellschaften, 4 %. 106

[6]) Unten §§. 60. 61.

Viertes Buch.

Von den Handelsgeschäften.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

I. Abschließung der Handelsgeschäfte.

A. Einwilligung.

1. Ueberhaupt.

§. 35. Die Uebereinstimmung selbstständiger Einzelwillen ist wesentliches Erforderniß jedes Vertrages, also auch des Handelsgeschäfts. Bedeutung für das Recht erlangt sie durch ihr Eintreten in die Erscheinungswelt. Sobald in dieser der Wille von der einen Seite,
322 als Antrag, mit dem Willen von der andern Seite, als Annahme, zusammentrifft, ist das Geschäft geschlossen. Der Grundsatz ist unbestritten, verschieden aber sind die daraus von Wissenschaft und Gesetzgebung bisher gezogenen Anwendungen. Deren erwünschte Einheit für das Deutsche Handelsrecht fand große Schwierigkeiten. Theilweise ist sie aus dem Gesetze abzuleiten, zum geringsten Theile unmittelbar gegeben.

2. Verhältniß der Willensmeinung zum Ausdrucke der Betheiligten.

278 §. 36. Der Richter hat bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte den Willen der Kontrahenten zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften.

Auch dieser Satz ist im Allgemeinen von Wissenschaft und Gesetzgebung nie bestritten worden, aber am Eingang des ganzen Abschnittes von den Handelsgeschäften aufgestellt, bezeichnet er dem Richter für alle Handelssachen seinen Ausgangspunkt, wird er zum Wegweiser, welcher bei einem Labyrinth von Streitfragen vorbei zu einfachen und dem Deutschen Handelsrechte gemeinsamen Resultaten leitet.

Soll über den Buchstaben hinweg in den Willen der Kontrahenten eingegangen werden, so kann damit nur der wahre, wesentliche (substantielle) Wille gemeint sein, denn auch der Buchstabe beruht auf einer Thätigkeit der Kontrahenten. Diese zeigt sich im Gegensatze als Aeußerung eines scheinbaren, unwesentlichen (aktuellen) Willens. Ein solcher Gegensatz kann nicht vermuthet, er muß im einzelnen Falle behauptet und bewiesen werden. Seine Wirksamkeit richtet sich sodann nach der Wichtigkeit des Umstandes, bei welchem er hervorgetreten ist.

a) Zwang.

§. 37. Ohne Freiheit kein wahrer Wille.[1] Bei körperlicher Ueberwältigung ist jede eigene Entschließung genommen. Aber auch, wer überwältigt durch die Furcht vor angedrohter Beschädigung eine Erklärung abgiebt, spricht nicht seinen Willen aus, sondern den des Zwingenden. Wer zwischen zweien Uebeln das kleinere wählt, will dennoch keins von beiden. Die Philosophie der Römer betrat nicht die innerste Werkstatt menschlicher Handlung, ihr Rechtsgefühl aber fand ausreichende Hülfen, welche überall gleichmäßig anerkannt, sich in den Sätzen vereinigen lassen: Wer durch Androhung einer bedeutenden Gefahr zum Abschlusse eines Handelsgeschäfts veranlaßt worden, ist an dasselbe nicht gebunden. Nachträgliche Genehmigung

---

1) Fichte, Sittenlehre §§. 1. 5; Hegel, Rechtsphilosophie §. 4; Berner, Imputationslehre Einl. — Coactus volui. — l. 21, §. 5; l. 1. 3, §. 1 Dig. quod metus causa (4, 2); l. 116 pr. de R. J. (50, 17). Vergl. Hugo Grotius, de jure belli ac pacis II, 11, 7. Voët. com. ad Pand. 4, 2; v. Savigny III, §. 114; Koch, Recht der Forder. §. 75; Sintenis §§. 22. 98; Schliemann, die Lehre vom Zwange (Rostock 1861). Preuß. A. L. R. §§. 33 ff., Tit. 4, Thl. I; Bornemann, Syst. Bd. 1, S. 157; C. c. art. 1111 ff. Oesterr. G. B. §. 870.

einer im Zwange abgegebenen Erklärung liegt nicht im bloßen Schweigen. Dieses ist jedoch erheblich für die Beweisführung[2] und für die Verjährung.[3]

Abweichend ist allein die Vorschrift des Oesterreichischen Gesetzbuchs, welches den Vertrag bestehen läßt, wenn der Zwang von einem Dritten verübt ist, und dem andern Kontrahenten nicht mindestens bekannt sein mußte.[4]

278 Diese Vorschrift widerspricht der Grundwahrheit des Gesetzes, und verliert durch dieses seine Geltung für das Handelsrecht.

b) Irrthum.[5]

§. 38. Die den Vertrag begründende Willensübereinstimmung wird von der Deutschen Sprache treffend als Einverständniß bezeichnet. Wo an einer Stelle Irrthum obwaltet, fehlt die Einigung.
813 Wird dadurch ein wesentlicher Bestandtheil des Vertrages berührt, so kommt ein solcher nicht zu Stande; ereignet sich der Irrthum bei einem Nebenpunkte, so erfolgt bei diesem die Ergänzung nach den gewöhnlichen Regeln des Geschäfts. Welche Bestandtheile bei einem Vertrage für wesentlich zu erachten, ist in jedem Falle nach dem Willen der Kontrahenten zu beurtheilen. Mit den hergebrachten Unterscheidungen von Irrthum in der Sache, in deren Substanz und Eigenschaften, von Irrthum in der Person, ist nur soviel ge-
278 wonnen, um daran die Durchführung des Grundsatzes anschaulicher zu machen:

1. Irrthum über den Gegenstand des Vertrages, sagt man, „ist wesentlich, wenn jeder Theil einen andern Gegenstand

---

[2]) Auch außer dem Gebiete des Pr. Landrechts, welches darüber ausführliche Bestimmungen enthält.

[3]) Im A. L. R. §. 54, Tit. 6, Thl. I und Oesterr. G. B. §. 1487 drei, im C. c. art. 1304 zehn Jahre.

[4]) §. 875.

[5]) Für das bürgerl. R. zu vergl. v. Savigny III, Beil. 3; Sintenis §§. 22. 98; Seuffert, Archiv 8, N. 26; 9, N. 141; Bornemann, Syst. I, S. 347 ff.; Rechtsgeschäfte S. 125; Koch, R. d. Ford. II, §§. 77 ff. Preuß. A. L. R. §. 12 Einl., §§. 75 ff., 148 ff., Tit. 4, Thl. I. C. c. art. 1109 ff. 1276. 1313. 2052. 2053. Oesterr. G. B. §§. 2. 871 ff. 1431. Bayer. Landrecht IV, cap. 1, §. 25; für das Handelsrecht: Pardessus §§. 148 ff. Treitschke, Kaufkontrakt §§. 24 ff. Vergl. Art. 294 H. G. B.

im Sinne hatte"; ob aber ein Gegenstand — auch bei Verschiedenheit der beiderseitigen Vorstellungen — als ein anderer zu betrachten, entscheidet sich allein nach dessen Verhältniß zur Absicht des angeblich Irrenden. Es kommt darauf an, ob diese Absicht aus dem allgemeinen Gattungsbegriffe: „Waaren" eine Art, oder aus einer besonderen Art eine Abart, oder aus einer solchen eine bestimmte einzelne Sache als ihren ausschließlichen Gegenstand hervorhob (individualisirte). Innerhalb des gewählten Kreises treten die dahin gehörenden Sachen für einander ein. Wer z. B. Getreide wollte, hat Hafer und Gerste einbegriffen; wer Weizen kaufte, hat jene Arten, wer den Weizen im Speicher „zur Hoffnung" jeden, welcher in einem andern Speicher lagert, ausgeschlossen. Wer eine Uhr kaufte, in der Absicht eine goldene zu besitzen, befindet sich, sofern sie von Tomback ist, im wesentlichen Irrthum; wer sie aber verlangte, weil sie einem berühmten Manne angehörte, kann wegen Irrthums in der Metallart den Vertrag nicht anfechten.

Hierin ist die Bedeutung des Irrthums über Eigenschaften eines Gegenstandes bereits gewürdigt. Sind solche ausdrücklich vorbedungen, so ist dadurch die Sache aus gleichartigen, denen jene Eigenschaften fehlen, herausgehoben. Ueber Eigenschaften, welche im Handel gewöhnlich vorausgesetzt werden, ist ein Irrthum nur denkbar bei Geschäften, welche Einzelgegenstände z. B. den Weizen im Speicher zur Hoffnung betreffen, nicht wo aus einer Gattung Quantitäten bestellt sind, z. B. tausend Wispel Weizen. Solche Eigenschaften sind zwar in der Erfüllung zu vertreten, — auch
wenn dem Kontrahenten unbekannt war, wieweit sich gesetzlich die 335
Voraussetzung erstreckt, — unterscheiden aber die eine Waare nicht wesentlich von der andern. Deren Mangel steht also dem Vertragsabschlusse nicht entgegen.

Es ergiebt sich ferner, daß Irrthum in der Menge den Vertrag nur hindert, wo diese Menge mit zum Gegenstande des Vertrages gemacht wurde. Dies ist zum Beispiel anzunehmen, wenn über die bestimmte Quantität einer Waarenart gehandelt und mit ausdrücklicher Rücksicht auf diese der Preis bestimmt ist, desgleichen, wenn der Irrthum die Höhe des Preises selbst betrifft, und weniger zugebilligt als gefordert ist; nicht aber, wenn die Menge nur der Beschreibung wegen oder als innerer Beweggrund in Betracht kam.

336 Bei Irrthum über die Größe der Einheit, nach welcher die Menge bestimmt wird, ist die Einheit des Erfüllungsortes anzuwenden.

2. Irrthum über die Person.

Der Streit über die Wirkung solchen Irrthums ist nunmehr auch für das gemeine Recht[6] aus der Wissenschaft in die gerichtlichen Verhandlungen verlegt, in welche er bereits in Preußen, Rheinland und Oesterreich durch Gesetz verwiesen war. Entscheidend ist der Wille des angeblich Irrenden im einzelnen Falle. Würde dieser die Richtung auf diejenige Person, an welche er gelangt ist, ganz vermieden, oder mit dieser Person den Vertrag unter anderen Bedingungen, zum Beispiel nur gegen Sicherheit, geschlossen haben, so ist der Irrthum wesentlich. Der Beweis, daß der Unterschied der Personen erheblich war, gehört hier mit zum Beweise einer von dem Ausdrucke abweichenden Richtung des wahren Willens. In der Regel wird es bei Handelsgeschäften auf die Personen der Kontrahenten nicht ankommen, doch bestehen ohne Zweifel Ausnahmen in nicht geringer Zahl.

Dem Veräußerer ist, auch wenn keine besondere Veranlassung vorlag,[7] oft an der bestimmten Person wegen ihrer günstigen Vermögens-Verhältnisse gelegen, dem Erwerber, abgesehen von dem Falle, da mit der Identität der Person die Identität der Waare zusammenhängt,[8] eine zuverlässige Firma häufig von großem Werthe.[9]

3. Irrthum über das Rechtsgeschäft selbst verhindert dessen Entstehung.

4. Irrthum in den Beweggründen ist unwesentlich.

---

[6]) Für das Römische Recht muß bei der Stellung, welche die Personen in der Obligation einnehmen, Irrthum über dieselben jeden Vertrag entkräften. Die l. 32 Dig. de R. C. (12, 1) spricht dafür; die dagegen beigebrachten Stellen (Glück 16, S. 18) l. 9, §. 1 de contr. emt. (18, 1) und l. 43 pr. Dig. de acquir. vel omitt. poss. (41, 2) sprechen nicht dagegen, auch ist ein Schluß e contrario, welcher von der l. 9 cit. ausginge, in der Pandekten-Kompilation überhaupt gefährlich, hier aber unzulässig, weil die Aufzählung des Ulpian keine erschöpfende sein sollte.

[7]) Z. B. l. 75 Dig. de contr. emt.

[8]) Malzextrakt von Hoff, Kölnisches Wasser von Johann Maria Farina.

[9]) Z. B. dem Konsumenten beim Einkauf von Weinen.

Das Einverständniß zum Abschluß des Vertrages ist unabhängig von der Richtigkeit der Berechnung, welche dasselbe hervorrief. Der sich selbst überlassene Wille hat sich gebunden. Gewinn wird in 283
Handelsgeschäften stets erwartet, zumeist von beiden Seiten. Daß ein Kontrahent sich täuschen muß, liegt häufig in der Natur der Sache. Gleichgültig ist, ob die Berechnung in sich selbst unrichtig war, ob sie wegen Irrthums in den vorausgesetzten Thatsachen und Rechtsverhältnissen fehlschlug, oder, weil die Ereignisse einen anderen Gang nahmen, als man wünschte. Die irrige Berechnung trifft stets den Werth der Waare. Das Gesetzbuch versagt ausdrücklich die Anfechtung von Handelsgeschäften wegen übermäßiger 286
Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte.

Irrthum. — Geltendmachung.

§. 39. Der innere Mangel des Verständnisses bleibt ohne Einfluß auf die Rechtsverhältnisse, so lange sein Gegensatz zu dem ihn verdeckenden Ausdrucke nicht hervortritt. Gewiß wird er im Streite erst durch richterlichen Spruch. Auch dem wirklich vorhandenen Irrthum fehlt die Anerkennung seiner Wirksamkeit, wenn dieser Spruch ihn unerwiesen findet. Der Vertrag besteht also vor dem Gesetze, so lange er mit Erfolg nicht angefochten worden, und schützt den anderen Kontrahenten im Eigenthume des Erwerbes. Veräußert er diesen, so ist der dritte Besitzer auch dann gesichert, wenn jener Vertrag sich später als hinfällig darstellt.[10] Das Band, welches die Kontrahenten bindet, kann nur zwischen diesen gelöst werden, die Anfechtung ist also gegen den anderen Kontrahenten zu richten.

Der Irrthum als ein innerer Mangel läßt sich nicht unmittelbar beweisen, nur aus den Umständen entnehmen. Bei Jedem, der ein Rechtsgeschäft schließt, darf ein gewisser Grad von Aufmerksamkeit, bei Demjenigen, der ein Handelsgeschäft eingeht, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorausgesetzt, die Fest- 282
stellung eines Irrthums also ausgeschlossen werden, wo ein solcher mit jener Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht vereinbar wäre. Hier-

---

[10]) Der Dritte hat hier vom Eigenthümer gekauft. Das H. G. B. schützt in Art. 306 auch den redlichen Dritten, der vom Nichteigenthümer gekauft hat.

durch gelangt man auf richtigem Wege zu dem Resultate, welches in dem gemeinrechtlich gelehrten, von neueren Gesetzbüchern aufgenommenen Satze liegt, daß nur ein entschuldbarer Irrthum geltend gemacht werden dürfe, denn thatsächlich steht die Undurchführbarkeit dem Mangel eines Rechtes gleich.[11] Es ist lediglich eine Beweisfrage, ob ein den Vertrag entkräftender Irrthum vorliegt.[12]

Hierdurch ist nicht abgeschnitten, daß die Verschuldung bei einem Irrthume, oder dessen Veranlassung in der Person des anderen Kontrahenten zur Bestimmung der Ersatzpflicht hervorgehoben werde.

c) Betrug.[13]

§. 40. Betrug — die absichtliche Täuschung eines Anderen zur Herbeiführung einer demselben nachtheiligen Willenserklärung —

---

[11]) Daher das Deutsche Sprüchwort: Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren, und l. 6 Dig. de dolo modo (4, 3): Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est. l. 116 de R. J. (50, 17): Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. l. 15 ibid.

[12]) Eine solche ist es im alten Römischen Rechte gleichfalls gewesen. Ein Mißverständniß ist es, welches sich in der Wissenschaft fortgeschleppt und in die Gesetzgebungen übertragen hat, daß die Pandekten dem Irrthum eine Wirkung nur zusprechen, wenn er unvermeidlich war. Man bezüchtigt hiermit die Meister der Rechtsgelehrsamkeit Paulus, Ulpian ꝛc. einer Begriffswidrigkeit. Man verkannte die Beziehung ihrer Aussprüche zu dem in ihren Zeiten gewöhnlichen Formular-Prozesse. Eine actio oder exceptio erroris wird nicht erwähnt, dennoch mußte der Unwirksamkeit einer irrthümlichen Einwilligung die Anerkennung gesichert werden; actio und exceptio waren also in factum conceptae (vergl. l. 6 Dig. de resc. vend. [18, 5]). Der auf Erfüllung belangte Kontrahent wendete z. B. ein, er habe den Gegenstand, von welchem Kläger rede, nicht gemeint. Die Thatsachen, welche den Irrthum darstellen sollten, gab er an. Der Prätor hatte zu untersuchen, ob aus den Thatsachen sich wirklich ein Irrthum ergab. Er setzte sie in die Formel, wenn sie erheblich waren. Weil die beweisende Kraft der angeführten Indizien in jedem Falle durch den Prätor (in jure) geprüft wurde, so trat dessen Ansicht nach Außen in derselben Weise hervor, als hätte er über den Rechtspunkt selbst entschieden, so bildete sich eine gewisse Kasuistik darüber, wenn ein error als justus, probabilis, zu betrachten sei. — Justus ist ein error, welcher in jure unter Voraussetzung, daß die Indizien in judicio richtig befunden werden, anerkannt ist, probabilis, wenn er als error sich herausstellen wird, sobald die zum Grunde liegenden Thatsachen erwiesen werden.

[13]) Sintenis §§. 22. 98; l. 11, §. 5, 13 Dig. de act. emt. (19, 1), l. 5. 7. 10 cod. de resc. vend. (4, 44), l. 3 cod. de periculo (4, 48); Treitschke,

verstößt gegen Treu und Glauben, die Grundbedingungen des Ver-
kehrs, und verpflichtet den Betrüger, welchem seine unerlaubte 294
Handlung keinen Nutzen bringen soll, zur Wiederherstellung des ge- 350
störten Rechtszustandes. Diese geschieht, wenn durch die Täuschung 386
ein Geschäft veranlaßt worden, am einfachsten durch dessen Auf- 408
lösung und gegenseitige Rückgabe des daraus gezogenen Erwerbes, ist aber in dieser Weise nur erreichbar, wenn der Betrug dem einen Kontrahenten zur Last fällt, und inzwischen im Besitze oder Werthe des Erwerbes sich nichts geändert hat. In allen anderen Fällen muß die Ausgleichung durch Entschädigung erfolgen. Der Betrug eines Dritten giebt keinen Grund zur Anfechtung. War nur eine Nebenbestimmung des Geschäfts durch den Betrug veranlaßt, so ergreift die Anfechtung nur diese, nicht das Geschäft im Ganzen.

Ist die Täuschung gelungen, so ist ein Irrthum erregt, aber dessen bereits dargestellte Wirkung ist mit dem Einflusse des Betruges nicht zu verwechseln. Selbst wenn im einzelnen Falle der durch Betrug des einen Kontrahenten hervorgerufene Irrthum einen wesentlichen Bestandtheil des Geschäfts betroffen hätte, dieses also wegen Irrthums und wegen Betruges lösbar wäre, so bietet doch jeder Anfechtungsgrund einen besonderen Maßstab für den schuldigen Ersatz.

Mit der Feststellung des Betruges im einzelnen Falle ist den Gerichten die Aufgabe zugewiesen, zwischen entgegengesetzten Gefahren für die Sicherheit des Handelsverkehrs die richtige Mitte aufzusuchen.[14] Auf der einen Seite darf dem geschlossenen Vertrage die feste Geltung nicht geschmälert, auf der anderen Seite betrügerischer Spekulation ein Spielraum nicht geöffnet werden. Hiebei sind die mannichfaltigen Bestimmungen der Strafgesetzbücher außer Betracht zu lassen, weil nicht jede zum Schadensersatz verpflichtende Rechtsverletzung strafbar ist. Allgemeine Anpreisungen enthalten

---

Kſ. §. 34. Koch, R. d. F. §. 76. Pr. A. L. R. §§. 48 ff., Tit. 4; §§. 349 ff., Tit. 5, Thl. I. C. c. 1109. 1116. Oesterr. G. B. §§. 872. 874. 876.

[14]) Belehrend sind hier die Schriften über den Lukka-Pistoja-Aktien-Streit im neuen Archiv 2, S. 196; von Sachse, Zeitschr. f. D. R. 17, S. 29; von Goldschmidt, Handelsrechtl. Erörterungen 1859 und Abhandl. in seiner Zeitschr. 3, S. 135. — Vergl. auch Entsch. des Berl. Ob.-Trib. v. 16. April 1851 bei Striethorst 2, S. 93.

keinen Betrug. Wo Thatsachen vorgespiegelt sind, wird wenig fehlgegriffen. Eine feinere Prüfung ist erforderlich, wo Umstände, welche auf die Entschließung wirken mußten, verschwiegen sind. Die Ansichten darüber, wieweit im Handel aus der Unkenntniß des anderen Kontrahenten Vortheil gezogen werden dürfe, sind verschieden, je nachdem eine ernstere Moral gerade Einfluß gewonnen oder verloren hat.

Unbedenklich wird man Denjenigen zum Ersatze anhalten, der einen wesentlichen, den Vertrag ausschließenden Irrthum benutzen wollte, andererseits wird es erlaubt sein, Jedermann zugänglich gewordene Weltbegebenheiten als bekannt vorauszusetzen, und deren Unkenntniß dem Getäuschten zuzurechnen. Im Uebrigen unterscheidet das heutige Rechtsbewußtsein nach den Geschäften. Bei gewöhnlichen Börsen- oder Marktgeschäften gestattet sich die Handelswelt den Vortheil von einer frühzeitigen Kenntniß. Hier muß Jeder wissen, daß der andere Kontrahent gewinnen will, und daß die Kurse wechseln. Bei anderen Geschäften ist größere Strenge
810 hergebracht. Das Gesetzbuch bedroht bei der Seeversicherung den
814 Versicherungsnehmer, welcher den bereits erfolgten Eintritt des zu
789 ersetzenden Schadens verschweigt, zum Schutze des Versicherers mit der Strafe, daß er diesem die volle Prämie zahlen muß, selbst aber keinen Anspruch aus dem Vertrage erheben darf.

d) Simulation.[15]

§. 41. Die allgemeine Vorschrift, den Willen zu erforschen, tritt in unmittelbare, überall gleichmäßig anerkannte Anwendung, wenn sich dieser Wille unter abweichende Ausdrücke absichtlich verdeckte. Ob sodann das etwa gemeinte Geschäft bestehen könne, richtet sich nach dessen Regeln. Wer mit Freiheit und Bewußtsein eine Erklärung abgegeben, kann ihrer Wirkung sich durch die Ausflucht nicht entziehen, er habe dieselbe nicht gewollt. Wo aber die Erklärung selbst als eine scheinbare sich kenntlich macht, ist gerade sie gewollt. Dies ist ohne Weiteres klar, wenn das Einverständniß der Kontrahenten sich darauf richtete, daß ihre Erklärungen nur

[15]) v. Savigny III, §. 134. Sintenis §. 17. Koch, R. d. F. II, §. 81. Pr. A. L. R. §§. 52—65, Tit. 4; 210 u. Anh. §. 47, Tit. 14; 70. 71, Tit. 11, Thl. I. Oesterr. G. B. §§. 869. 916.

scheinbare sein sollten, es bleibt jedoch auch, sofern der eine Kontrahent sich darüber täuschte, nachweisbar und von Erheblichkeit. Ist Jemandem, sei es dem einen Kontrahenten oder einem Dritten, durch den Schein ein Nachtheil zugefügt, so muß er entschädigt werden.

e) Undeutlichkeit.[16]

§. 42. Sind die Kontrahenten auch darüber einig, daß eine Willensübereinstimmung stattgefunden, daß sie weder durch Irrthum behindert, noch durch Simulation verhüllt, sondern in dem Vertrage zum Ausdrucke gelangt sei, so wird die richterliche Thätigkeit nicht selten zur Entscheidung des Streites über deren Inhalt angerufen. Hier gilt es also, die wahre Willensübereinstimmung aus dem festgestellten Ausdrucke zurückzugewinnen, den Vertrag auszulegen.

Ueber die Art, wie dies geschehen müsse, enthalten die Gesetzbücher mehr oder minder ins Einzelne gehende Anweisungen. Diese aber lassen sich sämmtlich auf die folgenden Sätze zurückführen, welche in der Natur der Sache begründet sind:

Weil in den Erklärungen die Willensübereinstimmung ausgedrückt werden sollte, so ist ein Widerspruch zwischen Willen und Ausdruck nicht anzunehmen. Sind also die gebrauchten Worte klar, so sind diese maßgebend. Häufig entsteht ein Bedenken über ihre Bedeutung nur deswegen, weil sie dem Richter nicht sofort verständlich sind; aber auf die Ausdrucksweise des Richters kommt nichts an, die Kontrahenten haben sich ein Jeder in seiner Sprache ausgedrückt. Gehörte diese einem fremden Volke an, so wäre kein Zweifel, daß eine Uebersetzung vorgelegt werden müßte, aber auch innerhalb einer Stammsprache ist die Wortbildung und der Gebrauch gemeinsamer Wörter verschieden, wie nach Zeiten, so nach Gegenden und Bevölkerungstheilen. Die Sprechweise des Einzelnen verharrt entweder in ihrer aus dem engeren Kreise der Familie hergebrachten Färbung, oder gewöhnt sich im Verkehre mit anderen Kreisen und Genossenschaften diesen zu, oder nimmt bei selteneren, sich weniger

---

[16]) v. Savigny, Obl. R. §. 71. Sintenis §§. 18. 98. Koch, R. d. F. §. 91. Pardessus §. 191. A. L. R. §§. 65—74, Tit. 4; §§. 252—269, Tit. 5, Thl. I. C. c. art. 1156 ff. 1163. Oesterr. G. B. §§. 914. 915. 869.

hingebenden, als aus eigener Tiefe schöpfenden Naturen einen selbstständigen Gang, an welchen, nicht immer nach dem Grade innerer Berechtigung, die verwandten Kreise, oft mit Widerstreben, heran-
278 gezogen werden. Der Richter darf also nicht am Buchstaben, wie er ihn brauchen würde, haften, er gelangt allein durch die den Par-
279 teien von der Natur des Geschäfts[17] und ihre Gewöhnung auferlegte, oder ihnen nach persönlicher Eigenthümlichkeit geläufige Sprechweise hindurch zu deren wahrer Willesmeinung. Zeigt sich aber der Ausdruck auch im Munde der Parteien als ungenau, so liegt zuweilen eine Hülfe in der Erwägung, daß die Parteien einen gültigen Vertrag zu schließen Willens waren, daß also diejenige Auslegung sich als die richtigste darstellt, bei welcher der Vertrag am besten bestehen kann. Bleibt dennoch ein Ausdruck unverständlich, so leidet unter diesem Uebelstande mit Recht, wer eine von den gewöhnlichen Regeln des Geschäfts abweichende Bedingung oder einen besonderen Vortheil beansprucht, die Ausnahme aber — was seine Sache wäre — nicht beweisen kann; und wird der ganze Vertrag dadurch betroffen, so ist, weil eben die behauptete Feststellung oder Veränderung des beiderseitigen Rechtsverhältnisses nicht nachzuweisen ist, demselben eine Wirkung überhaupt nicht beizumessen.

3. Die Willenserklärungen insbesondere.

a) Zeitpunkt der Einigung.[18]

§. 43. Sobald die beiderseitigen Willen zusammentreffen, ist der Vertrag geschlossen. Schwierig ist es, diesen wichtigen Augenblick zu erfassen, denn die Willen sind in endlichen Körpern von einander geschieden, sie bedürfen eines Weges bis zu ihrer Vereinigung, und vermögen doch nicht, gleich den Naturkräften, den

336 [17]) Die Natur jedes Geschäfts bringt es mit sich, daß in Betreff der Er-
327 füllungs-Art und Zeit im Zweifel das am Erfüllungsorte Gebräuchliche gemeint sein wird. Wem in Berlin zugemessen werden muß, der kann keine anderen als die Berliner Maße erwarten u. s. w.

[18]) Sintenis §. 96. v. Savigny VIII, S. 235. Thöl, H. R. §. 57. Wächter, im Archiv f. z. Pr. 19, S. 116. Koch, R. d. F. §. 73. Bornemann, Syst. II, §. 140. Pardessus §. 250. Pr. A. L. R. §§. 90—108, Tit. 5, Thl. I. Oesterr. G. B. §. 862. Motive S. 122. Prot. S. 565 ff. Schliemann, kritische Bemerk. S. 66 ff.

Zeitpunkt derselben zu beleuchten. Bei dem Unternehmen, für dessen Auffindung im einzelnen Falle Anweisungen zu ertheilen, fand das Gesetzbuch große Meinungsverschiedenheiten vor, besonders darüber, ob und wie lange der Anbietende seinem Willen eine abweichende Richtung geben und dadurch das Zusammentreffen mit der Annahme, welche auf sein ursprüngliches Angebot abzielte, verhindern könnte, ferner darüber, ob das beiderseitige Bewußtsein von der Willensübereinstimmung als ein Erforderniß derselben festzuhalten wäre. Je brennender der Streit war, um so wünschenswerther erschien dessen Beilegung, zumal im Handelsrechte. Gerade für Handelsgeschäfte ist eine Sicherheit über den Abschluß unter Abwesenden von hohem Werthe, auch werden andere Geschäfte seltener in dieser Weise eingegangen.[19]

In Betreff des Abschlusses unter Gegenwärtigen walteten 318
keine wesentlichen Bedenken ob. Hier muß die Erklärung auf den Antrag sogleich erfolgen, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden bleibt.

Der Einsicht des Richters ist anheimgegeben, dies „sogleich" nach dem Verhältniß zu andern Zeiträumen, zu Umständen und Zwecken in jedem einzelnen Falle abzumessen.

In Betreff der Abwesenden — dies sind alle Parteien, welche das Geschäft nicht persönlich besprechen — löste das Gesetzbuch die Aufgabe, indem es zwischen schroffen Gegensätzen vermittelte.[20] Beim Mangel einer Selbstbeschränkung des Antragstellers gelten folgende Regeln:

1.

Auch unter Abwesenden muß die Annahme eines Angebots 319
sogleich erfolgen. Der Zeitraum zwischen beiden Erklärungen ist auf das zum Austausche derselben erforderliche geringste Maß zurückgeführt. Dieses Maß ist nur dann gewahrt, wenn die Annahme

---

19) Dies gegen die Mecklenburgische Erinnerung (S. 47) und gegen Schliemann. Dieser befand die Kontroversen zur gesetzlichen Regelung noch nicht reif, doch sind dieselben bereits im Pr. Landrecht und im Oesterr. G. B. entschieden.

20) Es steht im Einklange mit den Anschauungen des Pr. Landrechts, giebt denselben aber eine den Bedürfnissen des neueren Verkehrs entsprechende Gestaltung, und eröffnet, die Kasuistik meidend, dem Ermessen des Richters einen freieren Spielraum.

vom Gesichtspunkte des Antragenden sich als eine sogleich erfolgte darstellt, wenn also die Annahme nicht allein rechtzeitig abgesandt, sondern auch dem Antragenden bis zu dem Zeitpunkte zugekommen ist, in welchem er den Eingang bei ordnungsmäßigem Verlaufe, von Absendung seines Angebotes an gerechnet, den Umständen des einzelnen Falles gemäß erwarten durfte. Bis zu diesem Zeitpunkte ist
297 der Antragsteller gebunden, desgleichen dessen Erbe.[21]

Der Telegraph wird als ein ordentliches Korrespondenzmittel bei Abmessung jenes Zeitraumes nur betrachtet, wenn der Antragende telegraphische Antwort ausdrücklich forderte.[22] In andern Fällen darf der Telegraph dem Annehmenden zum Nutzen dienen, wenn die Erklärung verzögert worden und noch innerhalb der Frist zum Ziele gelangen soll.

Die Antwort wird regelmäßig auf demselben Wege erwartet, auf welchem der Antrag abgegangen.

Eine nach dem Fristablaufe eingetroffene Antwort braucht nur beachtet zu werden, wenn sie rechtzeitig abging.[23] In diesem Falle ist, weil der Absender den Vertrag sonst für geschlossen halten müßte, der Antragende, der denselben nicht gelten lassen will, verpflichtet, dies nach Ablauf jenes Zeitraumes und spätestens ohne Verzug nach dem Eintreffen der Antwort anzuzeigen.

2.

320 Ein Widerruf des Angebotes oder der Annahme ist nur von Wirkung, wenn er spätestens gleichzeitig mit der widerrufenen Er-

---

[21]) Der Wille des Antragenden wird so lange als fortwirkend betrachtet, ohne daß sein Widerruf einen Einfluß darauf üben kann; es muß also für das allgemeine Handelsrecht gelten, was bereits in Preußen Rechtens war, daß bei dem inzwischen eingetretenen Tode des Antragenden auch dessen Erben gebunden bleiben. (Gruchot in seinen Beitr. 1, S. 347), ohne daß aus Art. 297 geschlossen werden dürfte, der Antrag eines Nichtkaufmannes erlösche durch seinen Tod. Dergleichen Schlüsse e contrario sind gerade bei den Bestimmungen über Handelsgeschäfte ganz ungerechtfertigt, weil man geflissentlich nur einzelne Fragen entschied, und andere, selbst verwandte, offen ließ.

[22]) Lehrreich das Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M. vom 12. Dezember 1856, bei Goldschmidt 4, S. 153.

[23]) Dessen rechtzeitige Ankunft läßt sich vom Empfänger nach dem Aufgabestempel prüfen. Bei der Wichtigkeit dieses Stempels ist es sehr wünschenswerth, daß den Beamten, welche denselben führen, zur Pflicht gemacht würde, denselben stets deutlich abzudrucken.

klärung bei dem Andern eingeht. Auch die ausgesprochene Ablehnung kann durch eine mindestens gleichzeitige und innerhalb der Frist eintreffende Annahme aufgehoben werden.

3.

Ist ein Vertrag unter Abwesenden zu Stande gekommen, so 321
wird der Anfang seiner Rechtsgültigkeit auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Erklärung der Annahme Behufs der Absendung abgegeben ist, als ob in dieser Mitte jenes Zeitraums die beiderseitigen Willen sich begegnet hätten.

b) Form.[24]

aa) Gesetzliche Form.

§. 44. Zum Abschlusse des Vertrags genügt es regelmäßig, 317
daß die Uebereinstimmung der Willen in die Erscheinung tritt, nur ausnahmsweise ist ihre Wirksamkeit von Beobachtung einer Form abhängig gemacht.

Eine schriftliche[25] Form ist nur gefordert 174

1. bei Aktienzeichnungen, 208
2. bei der Berechtigung, aus dem kaufmännischen Faustpfande 311
sich ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen,
3. bei Verbodmung (Bodmereibrief), 683

eine gerichtliche oder notarielle nur für Errichtung und für 174
Statutenänderungen von Aktiengesellschaften beider Arten. 208

Einige Geschäfte sind von Förmlichkeiten, welche früher den Verkehr beengten, losgesprochen:

---

[24]) v. Savigny III, §§. 130. 131. Sintenis §. 96. Koch, R. d. F. §§. 74. 82 ff. Pardessus §. 145. Rogron zu art. 109 c. d. c. Thöl, H. R. §§. 58 ff. u. Entsch.-Gründe des Ob.-App.-Ger. zu Lübeck (1857) S. 34 ff. Bornemann, Syst. II, S. 251 ff., Erörter. S. 144 ff. Meyer (Ob.-Trib.-R.), die Schrift nach Preußischem Recht mit Rücksicht auf das gem., Oesterr. u. Franz. R. (Berlin 1855). Gruchot in den Beitr. I, S. 356. Stobbe, zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechtes Nr. 1. Setzer, über die Verabredung der Schrift (Bremen 1860). Pr. A. L. R. §§. 81. 109. 116. 131 ff., Tit. 5; §§. 58 ff., Tit. 4, Thl. I. Oesterr. G. B. §§. 883. 884. C. c. 1108. 1322 ff. 1985. 1341 ff.

[25]) Die schriftliche Form ist nicht allein bei Vollziehung eines die Willensübereinstimmung enthaltenden Schriftstückes, sondern auch dann gewahrt, wenn jeder Theil die vollzogene Schrift über seine Willensmeinung mit dem anderen austauscht. Entsch. des Ob.-Trib. zu Berlin vom 2. Mai 1861, Entsch. 45, S. 59.

1. Die Uebertragung folgender Werthpapiere, wenn sie an Ordre lauten:

301 a) der Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld, von vertretbaren Sachen oder von Werthpapieren ausgestellt sind, ohne daß darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist,

302 b) der Konnossemente und Ladescheine, sowie der Lagerscheine (Warrants) über Waaren oder andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind, der Bodmereibriefe und Seeassekuranzpolizen,

304 c) derjenigen, bei welchen Landesgesetze es außerdem bestimmen.

305 Hier genügt ein Indossement, welches den Regeln der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung in den Artikeln 11 bis 13, 36 und 74 unterworfen ist.

309 2. Die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten in beiderseitigen Handelsgeschäften.

In andern Fällen sind Förmlichkeiten des Beweises wegen
76 vorgeschrieben, wie Schlußscheine und Tagebücher bei Mäklern, oder zur Sicherheit für Dritte, wie Eintragungen in die Handels- und Schiffs-Register.[26]

bb) Verabredete Form.

§. 45. Ueberall steht es den Kontrahenten frei, schriftliche Ur-
413 kunden über abgeschlossene Verträge zu errichten. Bei einzelnen Arten haben sie besonderen Werth. Deshalb dürfen sie auch einseitig gefordert werden:

440 1. bei Schiffsveräußerungen,
558 2. bei Schiffsverfrachtung (Chartepartie),
644 3. bei Abladung (Konnossement),
788 4. bei Seeversicherung (Polize),
816 5. bei der Anzeige des Verfrachters, daß er nicht länger als

[26]) Siehe oben §. 20 und Art. 432. Zum Beweise dient auch die gerichtliche Verklarung (art. 490—494), aber nur für Thatsachen, auf welche Rechtsgeschäfte gegründet werden.

die Ladezeit oder Ueberliegezeit hindurch auf die Befrachtung 572
warten wolle. (Bescheinigung von deren Eingang.)

Die Gültigkeit des Vertrages ist hier unabhängig von der Schrift. Damit hat das Gesetzbuch den richtigen Gedanken ausgedrückt, daß ein bereits geschlossener formloser Vertrag nicht wieder aufgelöst werde, wenn man hinterher die Aufzeichnung desselben oder eine andere Form beliebt, nicht aber Verabredungen abgeschnitten, durch welche die Form zu einem Erfordernisse des Vertrages gemacht wird. Dies wird dieselbe stets, sofern die Kontrahenten im Laufe der Verhandlungen, und bevor erweislich eine Einigung über den sachlichen Inhalt eingetreten, die Form beredet haben. In diesem Falle ist der Vertrag erst gültig, wenn die verabredete Form vollendet ist.[27]

Eine solche kann unter Umständen sehr wichtig sein, denn die Erfahrung zeigt, daß der Beweis der einzelnen Bestimmungen eines nicht ganz einfachen mündlichen Vertrages sehr schwierig ist. Zeugen, selbst die zur Beiwohnung des Handels angerufen waren, erinnern sich bei ernster Prüfung schon nach kurzem Zeitverlaufe selten genau, in welcher Reihenfolge die Worte eines irgend lebhaft geführten Gesprächs gewechselt sind, welche Bedingungen nur besprochen, aber aufgegeben, welche festgehalten wurden. Die Eideszuschiebung ist gefährlich, weil die Kontrahenten bei aller Redlichkeit sich häufig in der Ueberzeugung täuschen, eine Bedingung, die ihren Wünschen entsprach, auch wirklich ausgedrückt zu haben.

Sind beide Kontrahenten Kaufleute, so wird der späteren Ver- 28
dunkelung durch die Handelsbücher vorgebeugt. 34

An gewisse Formen knüpfen die Gesetze wegen der höheren 310
Gewißheit der Vertragsbestimmungen den Vortheil leichterer Durchführbarkeit der entstandenen Forderung gegen den in deren Erfüllung nicht zuverlässigen Kontrahenten.[28]

---

27) Beiderseitige Erfüllung ist neue vertragsmäßige Einigung.

28) Arrest-, Exekutiv- und Mandats-Prozeß. Für das gemeine Recht: Heffter, System des Röm. u. Deutsch. Ziv. Pr. §§. 407. 410. 417; v. Linde, Lehrb. des Ziv. Pr. §§. 350. 360. 355. Von den Territorialrechten: Oesterr. A. G. O. §§. 276. 298. Hfd. v. 7. Mai 1839. Ver. v. 21. Mai 1855; Preußen: §. 48, Tit. 29 P. O. Ver. v. 1. Juni 1833 §. 1; Sachsen: Kori, Theorie der Sächs. Pr. §§. 74. 96; Hannover: Pr. O. §§. 514. 478; Baden: §§. 655. 694. 667. Vergl. über

Abreden außerhalb der Form.

§. 46. Wo die Absicht des Gesetzgebers oder der Parteien darauf gerichtet war, die den Vertrag darstellenden Erklärungen Behufs ihrer Gültigkeit an eine Form zu binden, muß derselbe vollständig in die Form gegossen sein. Es wäre ein Widerspruch, hätte man den Vertrag in einer Form und dennoch wieder Bestimmungen neben der Form gewollt, denn, wenngleich die abstrakte Natur eines Vertrages sich nicht ändert, wie auch über Nebenpunkte bestimmt sein möge, so wollen doch die Parteien niemals den Vertrag in seiner abstrakten Natur; es handelt sich vielmehr stets darum, ihr Rechtsverhältniß in einer besonderen konkreten Weise festzustellen, und ihre Willen umfassen den gesammten neu zu begründenden Zustand in seiner Einheit. Die Uebereinstimmung über diesen Zustand macht den Vertrag. Folgerichtig also müßte, wenn irgend eine geringfügige Abrede weggelassen wäre, die Form für ungenügend und der Vertrag für nicht rechtsbeständig erachtet werden. Solche Strenge ist jedoch, soviel bekannt, in keiner Gesetzgebung und von keinem Rechtslehrer durchgeführt. Sie ist gemildert durch die ganz allgemein der Aufrechthaltung von Verträgen zugewandte Gunst und durch die Annahme, daß einsichtige und redliche Parteien wegen eines neben ihrer Hauptabsicht liegenden Punktes den Vertrag nicht scheitern lassen. Die aus dieser Annahme folgende Unterscheidung, welche in der Lehre vom Irrthum überall gesetzlichen Ausdruck gefunden, tritt auch hier hervor. Einig ist man, daß der Vertrag nicht gilt, wenn wesentliche Bestandtheile gar nicht, oder der Verabredung zuwider formulirt sind, und dies muß zugegeben werden, wenn nur wenigstens im Handelsrechte, wo ganz besonderer
278 Ton auf der Erforschung des Willens liegt, als wesentlich nicht gerade diejenigen Bestandtheile eines Geschäfts betrachtet werden, welche der Schulbegriff als solche aufzählt, sondern diejenigen, auf welche die Absicht der Kontrahenten im gegebenen Falle sich hauptsächlich richtete.[29] Doch konnte es nicht fehlen, daß in Betreff der

die gerichtliche Bestätigung v. Holzschuher III, S. 302; Koch, R. der Ford. II, §. 112; Gruchot in den Beitr. I, S. 493.

326 [29]) Z. B. als eine Nebenbestimmung des Vertrages gilt regelmäßig die Zeit der Erfüllung, doch ist gewiß, daß diese häufig zu den Hauptbestandtheilen des

Abreden über Nebenpunkte, Nebenabreden, die Abweichung von dem strengen Gedanken auf verschiedene Wege führte. Man behauptet einerseits,

die Nebenabrede der Parteien müsse gelten, unerachtet sie in der von ihnen gewollten Form nicht niedergelegt sei,

und andererseits,

der Nebenpunkt sei unerachtet der Abrede nach den gewöhnlichen Regeln des Geschäfts zu ergänzen.

Von den Gesetzgebungen hat sich allein das Preußische Landrecht, und zwar gegen die Gültigkeit der Nebenabrede ausgesprochen.[30] Dies erscheint auch richtig, denn entscheidet man die Frage, ob die Parteien mehr die Form oder mehr die Nebenabrede gewollt, einmal zum Besten der Form, sieht man einmal von der Nebenabrede ab, soweit es den Willen der Parteien angeht, betrachtet man dieselbe einmal als außer dem Vertrage belegen, so ist es ungerechtfertigt, dieselbe hinterher doch wieder in den Vertrag hineinzuziehen.

Bei dieser Auffassung ist Einklang mit den Fällen, in denen die Form gesetzlich vorgeschrieben ist. In diesen wird die Ungültigkeit der Nebenabrede nicht bestritten.

Einwendungen.

§. 47. Durch die Formerfüllung werden Einwendungen gegen den Inhalt des Vertrages nicht ausgeschlossen. Hervorzuheben ist allein die Einrede der Simulation. Nur das wirklich Gewollte bildet den Vertrag.

1. Ist die Form gesetzlich vorgeschrieben, so ist kein Zweifel, daß in derselben dieses wirklich Gewollte zur Erscheinung kommen müsse.
2. Ist die Form verabredet, so ist ferner zu unterscheiden:
   a) War die Simulation eine einseitige, so fehlt es dem Vertrage an der erforderlichen Willenseinigung, und es kommt deshalb auf die Form nicht an.

Vertrages gehört. Thöl, H. R. §. 87. Gelpke, Zeitschrift f. H. R. 1, S. 1 ff. Entsch. des Pr. Ober-Trib. v. 6. Dezember 1853, 6. Juli 1854, 5. Dezember 1854 bei Striethorst, Archiv Bd. 10, S. 348; 14, S. 120; 16, S. 58.

30) Die Reichsnotariatsordnung v. 1512 §§. 10. 11 scheint von derselben Ansicht auszugehen. Der Code c. art. 1341 schneidet den Zeugenbeweis über Nebenabreden ab.

b) War aber auch die Simulation verabredet, so ist die Formbekleidung eben nur für den simulirten Ausdruck, nicht für den dahinter verborgenen Vertrag gewollt. Für diesen also ist die Form entbehrlich.[31]

cc) Natürliche Form.

§. 48. Wo besondere Formen für den Vertragsabschluß nicht vorgeschrieben sind, genügt jedes natürliche Zeichen, in welchem der Wille sich dem Ohre vernehmbar macht, als Wort von Angesicht zu Angesicht gesprochen, durch Boten übermittelt, oder dem allgemeinen Verstande gewiß aus Handlungen, welche ins Gebiet des einen oder andern Sinnes fallen, die einfache Geberde des Kopfnickens, des Schüttelns, eines Händedruckes.[32]

Ein bloßes Stillschweigen kann als Zustimmung nur gelten, wenn eine Verpflichtung zur Antwort bestand.[33] Das Handelsgesetzbuch legt ihm eine Bedeutung nur in dem Falle bei,

323 wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, und er nicht ohne Zögern Antwort giebt;

wobei die Annahme, als liege dies Erbieten schon in einem auf Ausrichtung solcher Aufträge gerichteten Gewerbebetriebe, durch den Wortlaut und die bestimmte Absicht der Konferenz verboten ist.[34]

Zwar betrachtet das Gesetzbuch auch das Stillschweigen des Käufers beim Kaufe auf Besicht oder Probe nach Aufforderung oder Ablauf der bedungenen Frist als Genehmigung, hier aber ist noch das Behalten der empfangenen Waare hinzugekommen, und eine Verabredung vorausgegangen.

---

31) So ist die Vereinigung hergestellt zwischen dem Kodextitel 22, lib. 4. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur, namentlich l. 4. 6. 12 und der Justinianischen l. 17 de fide instr. (4, 21).

32) Denkbar ist ein Vertragsabschluß auch durch andere Tonzeichen (Hornsignale, Schüsse) oder Sehzeichen (Fanale), doch wäre, weil solche keinen allgemein verständlichen Sinn haben, bei diesen die Form immer eine verabredete.

33) Einverstanden die Motive S. 125 gegen **Brinkmann**, H. R. §. 24.

34) Prot. S. 581.

Ebensowenig, wie ein bloßes Schweigen, kann ein Liegenlassen der ohne Bestellung übersandten Waare für eine Annahme des angebotenen Vertrages erachtet werden.

Abschluß durch Telegraphen.

§. 49. Näher zu berühren ist hier allein der Vertragsabschluß durch Telegraphen.[35] Das Handelsgesetzbuch überließ mit weiser Mäßigung zunächst der Wissenschaft, die aus der neuen Einrichtung sich ergebenden Rechtsverhältnisse aufzuklären. Seitdem auf den Staatstelegraphen Privatdepeschen befördert werden, hat der überall die kürzesten Wege suchende Handel sich dieses Mittels in so großem Umfange bemächtigt, daß die rechtliche Möglichkeit einer Vertragsabschließung durch Telegraph zu einem unbestrittenen Grundsatz geworden ist, dennoch wird auf die Entstehungsweise eines solchen Vertrages eingegangen, um daraus insbesondere eine Entscheidung der Frage zu entnehmen, wer den Nachtheil einer unpünktlichen oder ungenauen Uebermittelung der Depesche tragen müsse.

Im Auftrage und im Namen des Absenders schreibt und unterzeichnet die Telegraphenanstalt dessen Willen an den Adressaten. Daß der in Berlin geführte Griffel den Brief in Hamburg zu Papiere bringt, macht für die Rechtsbetrachtung keinen Unterschied. Nachher besorgt die Anstalt auch die Behändigung des Briefes.

Ob das Verhältniß der Anstalt zu dem Absender als Mandat oder Dienstmiethe aufgefaßt wird, ist für das Verhältniß zwischen dem Absender und dem Adressaten unerheblich.

Dieser ist berechtigt, in der staatlichen Berufung der Telegraphenbeamten eine Gewähr für Echtheit und Richtigkeit des zugefertigten Telegrammes zu erblicken, wenngleich dieselbe nicht in so hohem Grade gesichert ist, wie bei denjenigen Behörden, denen

[35]) Knies, der Telegraph als Verkehrsmittel (Tübingen 1857) vom volkswirthschaftlichen Standpunkt. Zu spät, um Einfluß auf das Gesetzbuch auszuüben, außerdem nur von einzelnen Fällen, redeten Mittermaier 1859 im Archiv für z. Pr. 42, S. 278; Fuchs daselbst 43, S. 94; Reyscher in d. Ztschr. f. D. R. u. D. Rechtswissensch. 19, S. 271 u. 456; Bekker, Jahrb. des gem. D. R. 4, S. 97; Ihering, Jahrb. f. d. Dogm. 4, S. 1; Zeigermann bei Siebenhaar 9, S. 268; nach dem Schlusse der Konferenzen: Koch (Marburg) bei Goldschmidt 4, S. 341 (noch unvollendet); Busch im Archiv f. z. Pr. 45, S. 1.

der Staat die Beglaubigung von Willenserklärungen vorzugsweise anvertraut; und die Gewähr wird dadurch nicht geschwächt, daß die Staaten einer Verhaftung für die Fehler jener Beamten sich überall entzogen haben.[36] So steht z. B. in Preußen die höchste Beweiskraft gerichtlicher Urkunden deshalb nicht minder fest, weil Versehen der Justizbeamten aus den Mitteln des Staates nicht vertreten werden. Den Adressaten also trifft kein Verschulden, wenn er in der Depesche, wie er sie überkam, den Willen der darunter als Absender verzeichneten Person erblickte. Man sträubt sich deshalb, ihn für den Schaden verantwortlich zu machen — gewiß mit Recht, so lange es sich um den einfachsten Fall eines sofort auszuführenden Auftrages handelt,[37] denn, wenngleich der Absender in gutem Rechte war, eine Staatsanstalt ihrem Zwecke gemäß zu gebrauchen, und ihm insofern ein Verschulden gleichfalls nicht zur Last fällt, so hatte doch er zu seinem Nutzen die Thätigkeit des Adressaten anregen wollen, und trägt deshalb nach allgemeinen Grundsätzen billig die Gefahr. Die Veranlassung zu dem Schaden liegt in seiner Person, der Andere ist dabei völlig unbetheiligt.

In gleicher Weise wird zwar zu entscheiden sein, wenn nicht ein sofort auszuführender Auftrag, sondern ein Antrag, auf welchen Antwort gegeben werden muß, unrichtig telegraphirt ist, doch ist hiebei der Schaden, welchen der falsche Antrag hervorgerufen, von demjenigen zu trennen, welchen der Adressat durch voreilige Veranstaltungen sich selbst verursachte.

Durch eine ablehnende Antwort weist der Adressat mit

---

36) Der revidirte Vertrag des Deutsch-Oesterreichischen Telegraphenvereins vom 16. November 1857 enthält in Art. 5 den zunächst nur für die kontrahirenden Staaten untereinander bestimmten Satz: „Eine Gewähr für die richtige Ueberkunft der Depeschen, sowie für deren Ueberkunft innerhalb einer bestimmten Zeit wird nicht übernommen"; das dem Vertrage als Anlage A. beigefügte Reglement aber, welches die für das Rechtsverhältniß der einzelnen Telegraphenverwaltungen zu dem korrespondirenden Publikum maßgebenden Bedingungen — unter denen also der Aufgabevertrag geschlossen wird — aufstellt, führt diesen Satz in §. 27 näher aus, indem es nur unter Umständen einen Ersatz der Gebühren für verlorene, verstümmelte oder verspätete Depeschen gestattet.

37) Diesen Fall betraf die bekannter gewordene Kölner Entscheidung in Sachen Weiller und Sohn wider Oppenheimer, und besprechen auch die angeführten Schriften.

dem Geschäfte auch jeden Antheil an der Gefahr zurück, und darin wird nichts geändert, wenn das Telegramm dem Antragsteller fälschlich eine Zusage überbrachte.

Durch eine rechtzeitig zustimmende Erklärung aber tritt der Annehmende mit seinem Interesse in das Geschäft hinein und zieht dadurch auch einen Theil an der Gefahr auf sich. Der Abschluß des Geschäfts ist nun gemeinschaftliches Streben. Der Zufall, welcher die Depesche zurückhielt oder in eine Verneinung änderte, trifft beide. Scheitert daran der Vertrag, so bleibt freilich die Rückforderung des inzwischen Gegebenen unbenommen, doch eine Schädensklage ist von keiner Seite zu begründen.

Wer dies Korrespondenzmittel gewählt, ob also etwa der Anbietende die Antwort ausdrücklich oder durch eigenes Telegraphiren des Angebotes auf den telegraphischen Weg geführt hat, macht keinen Unterschied.

B. Personen.

1. Deren Stellung im Vertrage nach gemeinrechtlicher Auffassung.

§. 50. Willensfähig sind nur Personen, diese daher nothwendige Bestandtheile der Verträge. Dem gemeinen Rechte aber, welches auf der Römischen Unterweisung fußt, sind nicht allein die Personen an sich, sondern in ihrer Unterschiedenheit von anderen so wesentliche Bestandtheile jeder Verbindlichkeit, daß eine solche, ohne sofortiges Hervortreten der bestimmten Personen, nicht entsteht, und wenn sie entstanden, einen Wechsel der Personen nicht zuläßt, bei dem Ausscheiden einer Person vielmehr erlischt.[38] Ursprüngliche Rechtsbegriffe zu verlassen, war die Römische Natur zu spröde, man gelangte meistens auf künstlichen Gedankenwegen zu den Zugeständnissen, welche man dem lebendigen Verkehre nicht versagen durfte. So gestattete man, daß der Erbe regelmäßig in die Verbindlichkeiten seines Erblassers eintrete, brachte auch die Uebertragung der Forderungen unter Lebendigen, sowie den Abschluß der

---

[38]) §. fin. Inst. de jure nat. (1, 2). l. 3 pr. Dig. de O. et A. (44, 7). Gaj. II, §§. 38. 39, §. 3 Instit. quibus modis tollitur (3, 29). l. 10. 21 Dig. de stipul. serv. (45, 3).

Verträge durch Stellvertreter[39] zu einer Entwickelung, nach welcher die Ausgangspunkte nur noch mühsam aufgefunden und um so eher vergessen werden können, als selbst die Römer bereits in einem Falle[40] die Begriffswidrigkeit der Verpflichtung gegen eine unbestimmte Person verleugnen mußten.[41]

Die gemeinrechtliche Wissenschaft erkennt jetzt einfach die Uebertragbarkeit jeder Forderung an, ohne auf die Römische Ableitung zurückzugehen;[42] und der Abschluß von Verträgen durch Stellvertreter mit der Wirkung, daß der Machtgeber unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde, ist dem Deutschen Rechtsbewußtsein so natürlich, daß nur darüber noch Streit ist, wie dieselbe vor Justinian verantwortet werden könne.[43]

---

39) Der Gedanke, daß das Band des Vertrages nur diejenigen Personen verbinde, welche unmittelbar daran Theil genommen, hindert auch den Vertragsabschluß durch freie Stellvertreter. Die störendsten Folgen für den Verkehr milderte die Praxis des Prätors, welcher durch angewandte Klagen aushalf. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (Rostock u. Schwerin 1852).

40) Auch in anderen Fällen wird dies behauptet, aber bei der Pollizitation fehlt es an der Acceptation (l. 3 pr. D. de poll. [50, 12], wo der Gegensatz in *duorum* consensus und offerentis *solius* liegt). Die aus §. 6 D. furti advers. naut. (47, 5) von der Glosse gefolgerte Verpflichtung der Gastwirthe, jeden Reisenden aufzunehmen, bestand nicht; über Verbindlichkeit der Auslobungen ist Streit, welcher nur aus dem Prinzip heraus, nicht aus l. 15 D. de praescr. verbis (19, 5) und l. un. cod. de suffragio (4, 3) gelöst werden kann. Bei Versteigerungen tritt eine Verpflichtung erst mit dem Zuschlage ein (Gad bei Gruchot 3, S. 195).

41) l. 18 Dig. de adopt. (1, 7). Non aliter enim voluntati ejus qui arrogare pupillum volet, si causam ejus ob alia probavit, subscribendum erit, quam si caverit servo publico, se restituturum ea, quae ex bonis ejus consecuturus fuerit, illis *ad quos res perventura esset,* si arrogatus permansisset in suo statu.

42) Sintenis §. 128. Gruchot in seinen Beiträgen 6, S. 151, woselbst die Uebereinstimmung der heutigen gemeinrechtlichen Auffassung mit der Preußischen, Französischen, Oesterreichischen klar hervortritt. Der Entwurf des Sächsischen Ges. Buches von 1861 enthält zwar in §. 989 einen starken Anklang an die altrömische Lehre von dem procurator in rem suam, dennoch aber, wie Unger in seiner Kritik des Entwurfs (Leipzig 1861) S. 80 hervorhebt, eine Anerkennung des Ueberganges der Forderungen. Vergl. auch Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden (Berlin 1853).

43) Buchka, Stellvertretung S. 158 ff. 252; Dernburg in der kritischen Zeitschr. 1, S. 18 ff. v. Savigny's Ansicht kann nicht beigetreten werden. Dieser

2. Nach der Deutschen Anschauung und dem Handelsgesetzbuche.

§. 51. Im Handelsgesetzbuch ist das Erforderniß bestimmter Personen aufgegeben. Hiezu drängte die über die gemeinrechtlichen Theorien längst hinweg auch in die Gesetze übergegangene Deutsche Anschauung. Diese ordnet den Menschen, nur soweit er aus der Innerlichkeit heraustritt, dem Staate unter. Um die Grenzen einzuhalten, muß sie von den Erdengütern und den durch deren Theilung entstehenden Rechtsverhältnissen den Ausgang nehmen. Die Verträge erscheinen ihr als Mittel zur Gewinnung und Entäußerung solcher Güter, die Menschen kommen erst in zweiter Linie, nur sofern sie Antheil daran haben, erwerben, veräußern, in Betracht.[44]

Diese Anschauung fand im Handelsgesetzbuch unzweifelhafte Anerkennung.

a) Bei Werthpapieren.

§. 52. Werthpapiere, im weitesten Sinne Urkunden über Ansprüche auf Geld und Geldeswerth, werden als Gegenstände von Handelsgeschäften mit aufgeführt. Sie werden auch im Verkehre fast ausschließlich als Waare betrachtet. Auf die Person des Schuldners pflegt es nur insofern anzukommen, als nach dem Verhältniß der am Einlösungstermine bei ihm vorauszusetzenden Zahlungsmittel zu seiner Gesammtschuld sich ihr Werth bestimmt. Von der Person 271 273

giebt dem Begriffe nuncius eine mit gewichtigen Quellenzeugnissen (l. 1, §. 1 Dig. mdti; l. 1, §. 11 de post.; l. 14 de pec. const.; l. 1 pr. de procur.) nicht übereinstimmende Erklärung und der lex 53 Dig. de A. R. D. die Deutung, daß dort possessio als Beispiel angeführt sei. Hiergegen sprechen Paul. rec. sent. V, 2, 2; l. 1 cod. per quas personas v. Diocletian (290), §. 5 Inst. per quas pers., das von Savigny selbst gelehrte Verhältniß des Kodex zu den Digesten (Syst. 1, S. 286), der Wortlaut der Stelle, die Basilika-Paraphrase und der von Savigny's Gegnern, Puchta, v. Vangerow und Buchka, bisher nicht berücksichtigte Umstand, daß die Erklärung der Stelle nicht aufgegeben zu werden brauche, sofern man nur den Gegensatz „naturaliter und civiliter“ in dem Sinne nimmt: „auf natürlichem Wege — juristisch“ (durch einen Rechtsakt), wozu in dem Römischen Sprachgebrauche (l. 134 D. de V. S.), insbesondere auch des Q. Mutius (Gell. noct. att. III, c. 2) Berechtigung liegt, zu dessen Werk Modestin die jetzige l. 53 notirte. Vergl. auch Paulus l. 1 pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (41, 2): „naturaliter tenetur.“

[44]) Gad, die Person des Käufers ꝛc. bei Gruchot 3, S. 184.

des Gläubigers wird zunächst ganz abgesehen. Das Handelsgesetzbuch begründete keine neuen Sätze, indem es die leichteste Begebbarkeit der im Papiere bescheinigten Forderung aufnahm, und dadurch deren Ablösung von dem persönlichen Verbande bestätigte.

Jede kaufmännische Verpflichtung kann auf Ordre gestellt
werden. Damit wird von Anfang an als gleichgültig bezeichnet,
wer dieselbe zur Verfallzeit geltend macht. Dieser erscheint als der
303 echte Gläubiger, alle Zwischenpersonen treten zurück, als wären sie
niemals da gewesen. Dem Schuldner wird diese Person erst bestimmt und bekannt in dem Augenblicke, wenn die unleugbar schon vorher gültige Verbindlichkeit zu ihrem Ende kommt.

Am schärfsten ausgeprägt ist die Ablösung der Verbindlichkeit von bestimmten Personen bei den **Inhaber-Papieren.**[45]

307 Diese sind als rechtsbeständig in den neuen Gesetzgebungen[46]
309 und im Handelsgesetzbuche vorausgesetzt, obwohl sie das Versprechen
der Zahlung an eine dem Aussteller noch unbekannte Person enthalten. Gegen die einfache Hinnahme dieser Thatsache sträuben sich die gemeinrechtlichen Ansichten von der Verbindlichkeit gegen unbestimmte Personen, doch führen die von einigen Rechtslehrern betretenen Auswege aus dem Gebiete der Rechtsbegriffe überhaupt hinaus.[47]

---

[45]) Souchay im Archiv f. ziv. Pr. 10 und Zeitschr. f. Ziv. R. u. Pr. 5. v. Kerstorf, über die Schutzmittel des Eigenthums an Papieren au porteur (Würzburg 1828). Schumm, Beilage zum Archiv f. z. Pr. 13. Dunker, Zeitschr. f. D. R. 5. v. Savigny, Obl. R. §. 62. Thöl, H. R. §§. 54 ff. Deutsch. Pr. R. von v. Gerber §. 160, Bluntschli §. 117, Beseler §. 225. Brinkmann, H. R. §. 125ª. Bekker in seinen und Muthers Jahrb. 1. Ihering, Jahrb. f. d. Dogm. 1. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren (Leipzig 1857) und bei Goldschmidt 2. Renaud bei Goldschmidt 1. v. Düring bei Goldschmidt 2. Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere (Leipzig 1857). Platner und v. Gröning im Archiv f. ziv. Pr. 42 u. 44.

[46]) Für Preußen mehrfach, schon im Landrecht (§. 793, Tit. 11; §. 47, Tit. 15, Th. I) anerkannt. Die Verausgabung ist durch Gesetz vom 17. Juni 1833 der landesherrlichen Genehmigung unterstellt. Wer sie umgeht, ist straffällig und wird von Amtswegen zur Einlösung und Vernichtung der Papiere angehalten, ebenso in Baden nach Ges. v. 5. Juni 1860. Oesterr. G. B. §§. 371. 1001. 1393 und Allerh. Entsch. v. 19. Juni 1847. Siehe darüber Unger a. a. O. S. 174. Das Sächsische Einf. Ges. §. 17 erklärt Werthpapiere, welche in Sachsen ohne Genehmigung der Regierung ausgestellt sind, für nichtig.

[47]) Kuntze in seiner übrigens durch reiches Material ausgezeichneten Schrift

Das Papier ist ein Zahlungsversprechen. Durch freiwillige Verausgabung[48] wird es zum Angebot.[49] Eine Forderung entsteht, sobald die Annahme erklärt wird. Diese muß dem Angebote genau entsprechen. Zur Begründung einer Schuld gegen den ersten Empfänger ist das Papier nicht bestimmt, sonst würde es nicht auf jeden Inhaber lauten. Nur die Möglichkeit ist ihm gegeben, die Forderung in seiner Person zur Entstehung zu bringen. Die Zahlung soll nur an Denjenigen geleistet werden, der sie zur rechten Zeit verlangt. Nicht an den Eigenthümer, nicht an den juristischen Besitzer, sondern an den Inhaber ist das Angebot gerichtet, also wird auch dieser Gläubiger, sobald er die fällige Zahlung fordert.[50] Nach allgemeinem Wortverstande wird durch den Ausdruck „Inhaber" ein thatsächliches Verhältniß angezeigt.[51]

Einverständniß herrscht darüber, daß der Aussteller nicht nöthig hat, den Rechtsgrund zu prüfen, durch welchen der Inhaber das Papier erhalten, die Berechtigung hiezu ist streitig. Sie kann nicht zugegeben werden, sofern sie zu einem Einwande gegen den klagenden Inhaber führen soll. Verweigert der Aussteller aus solchem Grunde die Zahlung, so besorgt er die Geschäfte des besseren Besitzers; dieser wird ihm allerdings womöglich durch einen auf seinen

---

erklärt selbst seine „zivilistisch organische Einfügung", wonach das Papier Symbol der Obligation sein soll, für ein über analytische Reflexion erhabenes Phänomen. §§. 88. 89. Nach Bekker ist das Papier selbst der Gläubiger.

48) Daher ist die Frage, ob der Aussteller das vor der Verausgabung ihm entwendete Papier einlösen müsse, zu verneinen, wo nicht besondere Gesetze dies anbefehlen, wie in Württemberg das Ges. vom 16. September 1852 der Staatskasse. Doch wird ein Schweigen des Ausstellers nach erhaltener Kenntniß vom Verluste des Papiers einer Einwilligung in dessen Umlauf gleich zu achten sein. — Eine freiwillige Verausgabung ist anzunehmen, wenn der Aussteller das Papier, nachdem er Zahlung darauf geleistet, im Gange läßt oder wieder in Gang setzt.

49) Die englische Anweisung auf den Inhaber (Pay John Robertson or Bearer etc.) wird erst durch Annahme Seitens des bezogenen Bankiers zum Werthpapiere auf den Inhaber; die Anweisung an sich ist der Versuch, ein solches in Kurs zu setzen.

50) Der Mandatar, welcher das Papier im Auftrage des letzten Inhabers zu den Prozeß-Akten einreicht, begründet die Forderung nicht in eigener Person, weil sein Wille hierauf nicht gerichtet ist. Dies gegen v. Gröning a. a. O.

51) Desgleichen durch die Deutschen Ausdrücke: Einlieferer, Ueberbringer, den Französischen: porteur, und die Englischen: holder, bearer.

307 Anspruch gegen den Inhaber gegründeten Arrestschlag zu Hülfe kommen. Die Rechte aus dem Papiere sind mit den Rechten auf das Papier nicht zu verwechseln. Die Forderung entsteht erst in der Person des Ueberbringers. Was bisher mit dem Papiere vorgegangen, ist diesem Rechtsverhältniß fremd und in dasselbe auch durch Einwendungen nicht hineinzutragen.[52]

Von diesem allgemeinen Grundsatze machen die meisten Landesgesetze eine Ausnahme bei der Amortisation. Das Recht des Eigenthümers freilich, das ihm abhanden gekommene Papier aufbieten zu lassen, ist aus dessen Eigenschaft als Waare erklärlich, und die Pflicht zur Ausstellung einer neuen Urkunde statt der amortisirten daraus herzuleiten, daß der Aussteller anerkennen muß, sein bindendes Versprechen noch nicht erfüllt zu haben; die Ausnahme besteht nur in der Vorschrift, während des Amortisationsverfahrens die Zahlung auszusetzen.[53]

Der Natur dieser Papiere widerstrebt auch die durch einzelne

---

[52]) Kompensation mit Ansprüchen gegen einen früheren Inhaber; lex Anastasiana. Gegen letztere freilich Art. 299 H. G. B. allgemeiner. Abweichende Entscheidungen des Ob.-App.-Ger. zu Lübeck vom 18. Mai 1857 bei Goldschmidt 3, S. 191 a. E. Die Richtigkeit der aufgestellten Grundsätze tritt gerade bei demjenigen Inhaber-Papier, welches unerachtet sonstiger Verbote jeder Privatmann schaffen darf, deutlich hervor, bei dem Blankogiro, durch welches der Indossant ein Versprechen gegen den unbekannten Nachmann ablegt. In der Deutsch. Wechs. Ord. ist sie anerkannt. Art. 12—14. 82. Das Handelsgesetzbuch, welches den Gebrauch des Blankogiro ausdehnt (Art. 305. 303. 182), hat das Verhältniß des Indossanten zu dessen Nachmanne überhaupt nicht ins Auge gefaßt (Prot. S. 558 ff.), jene Grundsätze kommen auch hier zur Anwendung. Niemand wird insbesondere bezweifeln, daß, wer ein Blankogiro ausstellt, nur solche Einwendungen hat, wie Art. 82 der W. O. gewährt. Allein in Bezug auf die eigene Verpflichtung hat er übrigens das Papier zu einem Inhaber-Papiere machen, die bereits bestehende Verbindlichkeit der Vormänner aber in ihrer Natur nicht ändern können und diesen nur die Prüfung der Legitimation erleichtert.

[53]) Bestimmt ist diese ausgedrückt in Württemberg: Art. 5 Ges. vom 16. September 1852; Hannover: Verord. v. 20. Januar 1826. Ges. v. 3. Juli 1844 u. 5. April 1859; Baden: Landr. Anh. 201—205; Großh. Hessen: Ges. v. 20. Juli 1858; Nassau: Ges. v. 2. Juni 1860; vorausgesetzt in Preußen: A. L. R. §§. 125 ff., Tit. 16, Thl. I, insbesondere auch in §. 10 der Verord. v. 16. Juni 1819, Ges. v. 7. Juni 1821, Kab. Ord. v. 18. September 1822, Verord. v. 3. Mai 1828; in Sachsen, vergl. die bei Haubold §. 188 angeführten Gesetze.

Landesgesetze anerkannte Befugniß des Inhabers, sie durch einseitige Willenserklärung außer Kurs zu setzen,[54] sofern dadurch auf diejenigen Personen, welche sich als seine Rechtsnachfolger ausweisen, das Zahlungsrecht des Ausstellers beschränkt werden kann.[55]

b) Bei der Stellvertretung.[56]

§. 53. Der Deutschen Auffassung entsprach das Handelsgesetzbuch, indem es die Knüpfung vertragsmäßiger Verbindlichkeit durch Stellvertreter nicht allein in einem dem Römischen Rechte abgewonnenen Falle bei aufgetragener Führung eines größeren Geschäfts-
kreises annahm, sondern in allen, auch einzelnen Handelsgeschäften 52
mit der vollen Wirkung anerkannte, daß ausschließlich der Auftrag- 298
geber aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet wird, sofern nicht der Vertreter den Auftrag überschritten. Auch in diesem Falle kann der Machtgeber sich das Geschäft durch nachträgliche Genehmigung aneignen. Geschieht dies nicht, so muß der Bevollmächtigte dem Dritten nach dessen Wahl Erfüllung oder Entschädigung leisten.
Ein solcher Anspruch wird nach Handelsrecht beurtheilt. 55

c) In besonderen Fällen.

§. 54. Von unbestreitbarer Gewohnheit anerkannt, ist das Bestehen einer Verpflichtung ohne Personenbestimmtheit dem Gesetzbuche in folgenden Fällen überliefert worden:

---

[54]) Ausgeschlossen z. B. in Oesterreich: Patent v. 28. Mai 1803, und Bayern: Verord. v. 17. August 1813. Damit ist die in Süddeutschland allgemein, auch in Sachsen und Hannover zugelassene Einschreibung auf Namen in den Büchern des Ausstellers nicht zu verwechseln. Vergl. Bayerische Bekanntmachung v. 1. September 1860 (Regierungsbl. S. 769 ff.). Das Sächsische Einf. G. §. 17 läßt die Außerkurssetzung durch jede öffentliche Behörde zu. Das Englische Gesetz über Cheques on Bankers (2. August 1858) scheint es dem Inhaber auch nach der Annahme durch den bezogenen Bankier freizustellen, das Papier durch ein crossing dem Schuldner gegenüber außer Kurs zu setzen. Vergl. dies Gesetz und Crossed Cheques im neuen Archiv 3, S. 225 ff.

[55]) Vergl. für Preußen §§. 48 ff., Tit. 15, Th. I A. L. R.; Ges. vom 16. Juni 1835; K. O. v. 18. Dezember 1836; Ges. v. 4. Mai 1843; Einf. G. Art. 15; Entsch. des Ob.-Trib. v. 1. Oktober 1858 bei Striethorst 30, S. 288 ff.

[56]) Pr. A. L. R. §§. 85. 90. 91. 153, Tit. 13, Th. I. C. c. art. 1997. 1998. Oesterr. G. B. §. 1017.

1. Regelmäßig tauscht zwar der Mäkler die beiderseits voll-
zogenen Schlußzettel unter den Kontrahenten aus, der vermittelte
76 Vertrag ist jedoch schon vorher gültig, auch wenn bis dahin der
Name des Auftraggebers nicht genannt ist.[57] Zuweilen wird dieser
auch später noch geheim gehalten, und dennoch ist nicht der Mäkler,
69 der ja keinen eigenen Handel treiben darf, der andere Kontrahent.
222 2. Die Aktiengesellschaft, welche sich um deren Pro-
jektanten gestaltet, ist mit diesen den Aktienzeichnern aus dem an
unbestimmte Personen gestellten Angebot verpflichtet.

3. Bei der Versicherung, für wen es angeht, bleibt die
785 Person des Versicherers unbekannt, und dennoch gilt der Vertrag,
auch wenn der Versicherungsnehmer nicht für eigene Rechnung ver-
sichern wollte.

4. Eisenbahnverwaltungen übernehmen mit Eröffnung
422 ihrer Linien die Verpflichtung zur Beförderung von Frachtgut.
680 5. Bei Bodmerei, wie bei Vergütigungs-Ansprüchen aus
728 großer Haverei und Bergung oder Rettung aus Seenoth
755 ist sogar ein Pfandrecht zugelassen, ohne jede Rücksicht, auf welche
Person die entsprechende Verpflichtung treffen wird.

3. Resultate für das Handelsrecht.

319 §. 55. Da ausdrücklich verordnet ist, daß der auf den Ver-
tragsabschluß gerichtete Wille eine Zeit hindurch gebunden bleibt,
bevor eine bestimmte Person ihn annimmt,[58] und dadurch eine klag-
bare Forderung für sich begründet, diesem Willen seine selbstständige
297 Wirksamkeit sogar durch den Tod des Erklärenden nicht entzogen
wird, da ferner aus den angeführten Fällen[59] die von den Roma-
nisten behauptete Begriffswidrigkeit einer Verpflichtung gegen un-

[57]) Dies ist der von Anton Faber angeregte Fall, welchen Voët. com. ad pand. de contrahenda emt. N. 8 bespricht: Si quis rem emat pro eo quem postea nominaturus est. Pr. A. L. R. §§. 1330 f., Tit. 8, Th. II. Gad, die Person des Käufers, a. a. O. S. 190. Fischer, Oesterr. H. R. §. 190. Wiener Börsenordn. v. 1854 §. 26. Oesterr. Ges. v. 26. Februar 1860 über Waarenbörsen §. 28. Malß bei Goldschmidt 4, S. 11. Prot. S. 132.

[58]) Insofern dies bei der pollicitatio (Gelübde) auch der Fall ist, enthielt dieselbe den Keim einer die Römischen Grundbestimmungen verlassenden Lehre.

[59]) Im Preuß. Recht sind auch Auslobungen anerkannt, und Apotheker verpflichtet, an Jeden Medizin nach der Taxe abzulassen.

bestimmte Personen sich widerlegt, so muß es Jedem freistehen, wenn es ihm gleichgültig ist, gegen wen er sich verpflichtet, dies in einem verbindenden Angebot zur beliebigen Annahme auszusprechen.

Dieser aus dem neueren Verkehrsleben und dem Handelsgesetzbuche selbst sich deutlich herausstellende Satz kann dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß die Abneigung gegen die unverholene Anerkennung desselben in einer vereinzelten Bestimmung des Gesetzes zu Tage trat:

> das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere 337
> Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht — ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.

Wäre das Gesetz nur in den Schranken des Preußischen Entwurfs geblieben, welcher lediglich gegen die Verbindlichkeit der Preislisten u. s. w. gerichtet war, so hätte es allein in die eigene goldene Regel, daß es auf den Willen der Kontrahenten ankommen solle, mit einer nicht immer zutreffenden Vermuthung eingegriffen,[60] jetzt aber enthält es auch eine unrichtige Ausnahme seiner deutschthümlichen Grundanschauung.[61] Aus dieser kann ein Schluß auf andere Fälle nicht gezogen werden.

Auch ist durch diese Ausnahme der Grundsatz nicht erschüttert, daß die Forderung des Handelsrechts von der Personenbestimmtheit unabhängig sei. Hieraus folgt,

> daß bei einem Wechsel der Personen die einmal bestehende Forderung nicht erlischt.

---

60) Hier tödtet der Buchstabe des Gesetzes den Willen. Dieser kann auf einen Abschluß gerichtet sein. Wenn, wie die Motive (S. 133) voraussetzen, der Antrag noch für Unterhandlungen Raum giebt, so ist allein darin die Unverbindlichkeit begründet, nicht in der Unbestimmtheit der Person. Wenn Jemand im Börsenblatte anzeigt: Gegen baare Zahlung sind bei mir folgende Bücher zu den ausgeworfenen Preisen zu haben, so widerspricht es der im kaufmännischen Verkehre gebotenen und bei der Berathung des Gesetzes so oft hervorgehobenen Redlichkeit, den Anbietenden nicht gegen den Ersten, der für eins der Bücher das verlangte Geld bringt, zu binden. Vergl. auch Fischer, H. R. §. 240.

61) Wer in offener Jahrmarktbude seine Waaren mit Preiszetteln ausgehängt hat, würde, wenn er von einem Kauflustigen demnächst einen höheren Preis verlangte, von Art. 337 geschützt, aber die Verletzung des allgemeinen Rechtsgefühls unter jedem einigermaßen lebhaften Publikum schmerzlich zu empfinden haben.

Dies ist wichtig, denn es können hiernach die Nebenforderungen aus Pfandbestellung und Bürgschaft wegen solchen Wechsels allein nicht untergehen.

Bei Uebertragung der Hauptforderung auf einen andern Gläubiger ist dies in allen Rechtssystemen, wennschon aus verschiedenen Gründen, gleichmäßig anerkannt, aber auch bei Uebernahme einer fremden Schuld, zumal wenn der Schuldner selbst die Sicherheit bestellt hat, unbedenklich.[62] Hat ein Dritter Bürgschaft geleistet oder ein Pfand gegeben, so wird dies in den meisten Fällen zu Gunsten des ersten Schuldners, welchem der Dritte Vertrauen bezeigte oder verschaffen wollte, geschehen sein. Hier muß der Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten entscheiden, ob dessen Pfand oder Bürgschaft nach Entlassung des ersten Hauptschuldners noch bestehen kann. Da dies im Zweifel nicht anzunehmen ist, so kommen auch hier die Rechtssysteme von ihren verschiedenen Ausgangspunkten überein.[63]

C. Inhalt der Handelsgeschäfte.[64]

271 §. 56. Die Aufführung der Handelsgeschäfte im Gesetzbuch
272 steht unter dem Gesichtspunkte, daß sie Mittel zum Austausche von

[62]) So ist in Preußen §. 461, Tit. 16, Th. I A. L. R. in Verbindung mit §. 402, Tit. 11; §§. 291. 264, Tit. 16 zu erklären. Entsch. des Ob.-Trib. v. 12. Juli 1850, Entsch. 19, S. 199, und in Oesterreich §. 1400 G. B., denn wenngleich auch dort von einer Umänderung der Verbindlichkeit die Rede ist, so ist dies, wie aus §§. 1392—1394 desselben Abschnittes hervorgeht, nicht im Sinne der Römischen Novation gemeint. — Es entspricht auch dem Deutschen Recht: Beseler, D. P. R. §. 118; Delbrück, Uebernahme fremder Schulden.

[63]) l. 22 Dig. de pactis (2, 14): Itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet, *nisi hoc actum est,* ut duntaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur. Unrichtig wird von Puchta, Pand. §. 405 n. f. das actum est auf die Verabredung des Gläubigers und des Hauptschuldners bezogen. — Pr. A. L. R. §. 330, Tit. 14; §§. 49 ff., Tit. 20, Th. I. C. c. art. 2021. 2024. 2037. Oesterr. G. B. §§. 1360. 1363.

[64]) Unterholzner, Schuldverhältnisse §§. 100 ff. v. Savigny, Obl. §§. 37. 81. Puchta, Pand. §. 220. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung &c. (Braunschweig 1853), erste Abth. seiner Beiträge zum Obl. R. Bornemann, System II, §. 137. Koch, Recht der Ford. §§. 107 ff. Preuß. A. L. R. §§. 39 ff., Tit. 5; §. 5, Tit. 4; §§. 28 ff., Tit. 11, Th. I. C. c. 1108. 1126 ff. 1133. 1598 ff. Oesterr. G. B. §§. 878 ff. 1048. Thöl, H. R. §. 63. Pardessus 158 ff.

Werthen sind, indem sie deren Umsatz selbst, oder Leistungen be- 273
treffen, welche ihm dienen sollen. Jeder Vertrag, der zu diesem Ziele führen kann, ist rechtsbeständig. Die Unmöglichkeit, welche ihn ungültig macht, liegt entweder in der Ungeeignetheit des Gegenstandes oder des zu seinem Umsatz gewählten Mittels.

1. Taugliche Gegenstände.

§. 57. Der Gegenstand kann von Natur oder von Rechtswegen für den Handel ungeeignet sein.

Es ist nicht erforderlich, daß derselbe zur Zeit des Abschlusses schon entstanden war. In allen Rechtssystemen werden Verträge über Gegenstände zugelassen, deren Entstehen überhaupt oder in einem bestimmten Umfange erst gehofft wird, nur muß solche Hoffnung den Gesetzen der Natur und der Vernunft nicht widersprechen. Je tiefer freilich der menschliche Geist in diese eindringt, je mehr Werthe übergiebt er dem Verkehre.

In sich wandelbar sind die bürgerlichen Gesetze, welche gewisse Gegenstände dem Handel entziehen.

Deshalb muß in allen Fällen ein Zeitpunkt feststehen, nach welchem sich in Beziehung auf die Geeignetheit des Gegenstandes die Gültigkeit des Vertrages bestimmt. Dies ist der Zeitpunkt, auf welchen die Erfüllung des Vertrages gestellt war.

Nach den gegenwärtigen Gesetzen sind vom Verkehre ausgeschlossen:

a) Menschen. Verträge, welche den Menschen zur Waare erniedrigen, sind nichtig.[65] Auch kann Niemand sich selbst verhandeln. Die Möglichkeit, seine Dienste zeitweise zu vermiethen, ist dadurch nicht berührt,[66]
b) im Allgemeinen Gegenstände, welche dem Besitze größerer oder kleinerer Gemeinschaften, von der ganzen Menschheit

---

[65]) Sklaven werden von dem Augenblicke an, wo sie Preußisches Gebiet betreten, frei. Ges. v. 9. Mai 1857.

[66]) Sie wurde selbst durch die Französischen Konstitutionen vom 24. Juni 1793 §. 18 und 22. September 1795 R. 15 zugelassen. Für Preußen vergl. §. 13, Tit. 4, Th. I A. L. R. Edikt vom 9. Oktober 1807 §. 10. Kultur-Edikt vom 14. September 1811 §§. 7. 54.

(Luft, Meer) bis zur einzelnen Familie (Lehnsbibliotheken) vorbehalten sind,

c) Erbschaften dritter noch lebender Personen.[67]

Nicht körperliche Sachen allein sind Gegenstände des Handels. Es giebt insbesondere einen von Alters im Verkehre befindlichen, nur seiner Natur nach unbegriffenen und erst in neuster Zeit klar gestellten Werth, das ist der Kredit.[68] Dieser ist insbesondere der Gegenstand des Handels bei Werthpapieren. Es ist nicht richtig, wenn in den Berathungen des Gesetzbuches gesagt wurde, dieselben hätten die Natur der Forderungen abgestreift, denn, sofern sie, auf Ordre oder auf den Inhaber gestellt, im Handel Umlauf haben, sind sie noch keine Forderungen. Diese entstehen erst, wenn der Umlauf geschlossen ist.[69] Ebenso unrichtig ist es aber auch, daß bei ihrem Umsatz die Forderung gar nicht in Betracht komme. Freilich die Einziehung der verschriebenen Summe von dem Aussteller wird zunächst nicht beabsichtigt, und kann bei öffentlichen Papieren, die unkündbar, oder gar auf ewige Rente ausgegeben sind, nicht beabsichtigt werden, doch mitversprochen sind regelmäßig Zinsen, deren pünktlichen Bezug gerade der Kapitalist, der sein Geld anlegt, gesichert wünscht, und ihr Werth bestimmt sich in allen Fällen nach dem Zeitpunkt, an welchem die Forderung zur Geltung kommen soll.

In den Büchern des Ausstellers stehen unter seinem Kredit (Haben) die Nominalbeträge der Papiere. Gegenstand des Handels sind die in einzelnen Stücken dargestellten Antheile dieses Kredits. Das Verhältniß des Gesammtkredits zu den Zahlungsmitteln des Ausstellers an dem erwähnten Zeitpunkt ergiebt deren Werth. Nach den verschiedenen und wechselnden Ansichten über die Einwirkung inzwischen eingetretener oder noch zu erwartender Ereignisse auf dies Verhältniß schwankt ihr Preis.

---

67) l. 1 Dig. de hered. et act. vend. (18, 4). Pr. A. L. R. §. 446, Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1600. Oesterr. G. B. §. 879. In Bayern zulässig cod. Max. IV, c. 4, §. 7.

68) Schon Thöl betrachtet ihn so, z. B. im H. R. §. 112. Vergl. Endemann, der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte bei Goldschmidt 4, Nr. III und V.

69) Oben §. 52.

Wenn im Börsenspiele die bloße Hoffnung auf Gewinn zum Gegenstande von Geschäften gemacht wird, so verirrt sich der Handel von seiner Aufgabe in das Reich des Schwindels, und dieser entzieht sich ohne Schwierigkeit etwaigen Gesetzen, welche solche Geschäfte untersagen.

2. Taugliche Mittel.

§. 58. Der Umsatz der Werthe soll durch die im Vertrage versprochene Handlung, welche oft in einem einfachen Geben besteht, bewirkt werden. Eine solche Handlung kann aus natürlichen Gründen unmöglich sein, indem sie die menschlichen Kräfte überhaupt — nicht die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten — übersteigt, oder aus rechtlichen, zum Beispiel, wenn Jemandem die Sache, welche er bereits besitzt, gegeben werden soll. In diesem Falle kommt kein Vertrag zu Stande.

Verbotene Handlungen sind nicht erzwingbar, so lange das Verbot besteht. Was den guten Sitten zuwider läuft, gilt als verboten.

Nicht unmöglich ist es, die Sache oder die Leistung eines Dritten zu verschaffen. Verträge, in welchen dies versprochen ist, sind gültig. Im Handel sind sie überaus gewöhnlich. Hier rechnet Niemand darauf, daß, wer die Lieferung einer marktgängigen Waare übernimmt, dieselbe vorräthig habe. Hier bezweifelt Niemand, daß es zulässig sei, den Käufer sofort an einen Geschäftsfreund zu verweisen, von welchem der Lieferant die Waare
zu beziehen hat. Allerdings haftet für den Erfolg, wenn nichts 357
Anderes bedungen ist, der Versprechende nach Handelsrecht. 283

Ebenso möglich und gewöhnlich ist es, sich die Leistung an einen Dritten versprechen zu lassen,[70] zum Beispiel, um den Umweg über die eigene Person zu vermeiden, welchen die Waare aus der Hand des Lieferanten in die seines Käufers nehmen müßte.

Hier ist der Vertrag nicht zwischen dem Dritten und dem Versprechenden errichtet, wie bei der Stellvertretung. Eine solche wäre im angeführten Beispiel dadurch ausgeschlossen, daß der Em-

70) v. Savigny, Obl. §. 59. Busch im Archiv f. z. Pr. 43, Beilageheft. Beseler, Erbverträge II, S. 75 u. D. P. R. §. 120. Cod. Max. IV, c. 1, §. 13. Pr. A. L. R. §§. 74 ff., Tit. 5, Th. I. C. c. art. 1121. 1165. Oesterr. G. B. §§. 1017. 1019.

pfänger des Versprechens sein eigenes Geschäft besorgte. Im kaufmännischen Verkehre wird es immer sein Interesse sein,[71] welches ihn veranlaßt, nicht geradezu auf den Namen des Dritten abzuschließen.

Der Dritte hat am Vertrage nicht mittelbar theilgenommen, wie bei der Stellvertretung. Der, welcher die Leistung an die „Adresse" sich ausbedungen, hat auch zunächst ausschließlich ein Recht darauf. In jedem Falle muß also hier — wie bei der Stellvertretung ohne Auftrag — der Dritte die ihm angebotene Leistung sich aneignen wollen, um darauf ein Recht zu erlangen.[72] Jede formlose Erklärung reicht hiezu aus. In der Klage auf die Leistung ist sie enthalten. Der Unterschied zwischen dieser Art des Rechtserwerbes und dem durch Stellvertreter tritt für die Rechtsübung nur noch bei dem Widerruf eines solchen Vertrages hervor. Der Stellvertreter hat aus dem Vertrage kein Recht für sich erworben, er kann dasselbe auch nicht aufgeben. Wer dagegen sich zu Gunsten eines Dritten die Leistung ausbedungen, kann dem Rechte darauf, so lange es dem Dritten noch nicht angeboten worden, entsagen.

301 Anwendungen dieser Grundsätze enthält das Handelsgesetzbuch
402 bei kaufmännischen Anweisungen und im Frachtverkehre.[73]
405

II. Auflösung der Handelsgeschäfte.

A. Erfüllung.[1]

1. Ueberhaupt.

§. 59. Handelsgeschäfte erreichen das erwünschte Ziel durch vollständige Erfüllung der darin begründeten Verbindlichkeiten, mögen diese ausdrücklich verabredet sein, oder aus der Natur des Geschäfts

[71]) Hier wird also der Nachweis eines Interesse, welchen die Rechtsansicht einiger Gerichte gegen die ziemlich allgemeine Meinung der höchsten Gerichte in Preußen, Sachsen, Hannover, Württemberg, Braunschweig, Darmstadt, Jena, Lübeck fordert, leicht zu führen sein. Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Kassel. Th. 5, 1. Abth. (1848), S. 1 ff. Busch a. a. O. S. 16 ff. S. 45.

[72]) Dies ergiebt sich aus der Natur des Vertrages als einer auf freiem Willen beruhenden Einigung.

[73]) Prot. 4732—4735. 5047.

[1]) Unterholzner, Schuldverh. §§. 216 ff. Sintenis §. 103. Koch, R. d. Ford. §§. 153 ff. Bornemann, Rechtsgesch. S. 219. Thöl, H. R. §§. 112 ff.

sich unmittelbar ergeben. Daß eine Leistung unentgeldlich gewährt ist, darf nicht vermuthet werden, daher kann namentlich der Kaufmann für Aufwendungen in seinem Gewerbe an Arbeit, Zeit und Werthen 290
aller Art, auch ohne Verabredung, die übliche Gegenleistung fordern. 279

Für die Erfüllung eines Handelsgeschäfts haftet jeder Kontrahent mit der Sorgfalt, welche von einem ordentlichen Geschäftsmann seines Gewerbes[2] zu erwarten ist. Der hiernach wegen 282
mangelhafter Erfüllung zu leistende Ersatz umfaßt im Allgemeinen den wirklichen Schaden und den entgangenen Gewinn, also das 283
gesammte Interesse, welches der Gläubiger an der pünktlichen Erfüllung hatte. Dies besteht im Zweifel aus dem Werthe der bedungenen Erfüllung nach deren Ort und Zeit, unbeschadet des Rechtes, einen erweislich höheren Betrag zu fordern.[3] Abweichende 357
Vorschriften für besondere Geschäfte sind bei diesen angeführt.

Der Vertrag beruht allein auf der Willensübereinstimmung der Kontrahenten. Ihrer Einigung ist es deshalb zunächst anheimgegeben, eine den ursprünglichen Bestimmungen nicht ganz entsprechende Erfüllung für genügend anzunehmen. Auch die Erfüllung ist ein Rechtsgeschäft. Im Streite treten folgende Grundsätze ein:

2. Die Person des Empfängers.

§. 60. Im Allgemeinen ist die im Vertrage bezeichnete Person ausschließlich berechtigt und verpflichtet, die Leistung in Empfang zu nehmen, jedoch mit einigen Abweichungen:

a.

An Stelle des Gläubigers tritt Derjenige, welchem durch seinen Willen oder durch Gesetz die Nachfolge in sein Recht oder dessen Ausübung übertragen ist.

Brinkmann, H.R. §§. 135 ff. Inst. quib. modis oblig. tollit (3, 29). Tit. Dig. de solut. et liberat. (46, 3). Pr. A. L. R. Tit. 16, Th. I. C. c. art. 1234 ff. 1250. 51. Oesterr. G. B. §§. 1412 ff.

2) Vergl. H. G. B. Art. 343. 344. 361. 367. 380. 387. 397. 399. 423. 464. 478. 560.

3) Wolff, zur Lehre von der Mora (Göttingen 1841), S. 455 ff. Mommsen, zur Lehre von dem Interesse (Braunschweig 1855), seiner Beitr. 2. Abth. §§. 19 ff. Sintenis II, §§. 86. 93. Gruchot in seinen Beitr. 3, S. 132 ff. Pauli bei Goldschmidt 3, S. 47 ff. über den Marktpreis des Lieferungsortes und im Neuen Archiv 3, S. 123 ff.

aa) Der Wille des Gläubigers, sein Recht zu übertragen,
kann unter Lebenden erklärt sein durch Zession und — wo solches
304 zulässig ist — durch Indossament, oder von Todes wegen in
den Formen, welche an dem Orte der letztwilligen Erklärung[4] vorgeschrieben sind.[5]

42 Für Rechnung des Gläubigers Leistungen anzunehmen, ist er=
47 mächtigt der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte[6] inner=
49 halb des angewiesenen Geschäftsbetriebes, zum Beispiel der Laden=
50 diener für Ladengeschäfte, auch regelmäßig der Ueberbringer einer
296 Quittung, beziehungsweise der quittirten Schuldverschreibung, nicht
51 der unquittirten Rechnung, wenngleich er mit derselben die Waare
abzuliefern hätte.

300 Die bloße Ermächtigung beschränkt den Schuldner nicht in
seinem Rechte, an den Auftraggeber zu leisten.

bb) Das Gesetz bestimmt dem Gläubiger in Ermangelung
letztwilliger Verordnung seinen Erben. Es verstattet dem Gläubiger
119 des Gläubigers, in dessen Rechte durch gerichtliche Ueberweisung ein=
126 zutreten, und schützt bei gleichartigen Verbindlichkeiten den Schuldner,
welcher an jenen Gläubiger, wenn auch ohne Arrestanlegung geleistet hat.[7] Es befreit den Schuldner, welcher den Gegenstand der Leistung an dem bedungenen Orte gerichtlich, oder, wenn dies nicht angeht, in anderer sicherer Weise niederlegt, sofern der Gläubiger sein Recht zur Abnahme auszuüben, oder erkennbar zu machen zögerte.[8] Es überträgt die Vertretung solcher Personen, welche

---

[4]) In Betreff der Form ist der Grundsatz locus regit actum jetzt allgemein anerkannt. v. Savigny, Syst. VIII, S. 364 ff. Löwenberg, Motive Bd. I, Nr. 1. Bornemann, Erörter. S. 79. C. c. art. 999. 1317. Oesterr. G. B. §. 4. Preuß. Ges. v. 3. April 1823 über Gesandten=Testamente, und Staatsverträge mit Weimar (1824), Altenburg, Koburg=Gotha, Reuß=Gera, Königr. Sachsen (1839), Rudolstadt, Bernburg, Braunschweig.

[5]) Ueber die verschiedenen Vorschriften im gem. R. Sintenis §§. 159. 168 ff. Lübisches Recht II, Tit. 1, Art. 2. Pr. A. L. R. Tit. 12, Th. I. C. c. art. 967 ff. Zachariä §§. 566 ff. Oesterr. G. B. §§. 577 f.

[6]) Siehe oben §§. 18. 19, in Betreff der Vertretung von Handelsgesellschaften §. 28, in Betreff der Rhederei H. G. B. Art. 460 u. 496. Vergl. auch Art. 67.

[7]) l. 11, §. 5 de pignorat. act. (13, 7), l. 5 de doli mali etc. (44, 4).

[8]) Sintenis §. 103. Pr. A. L. R. §§. 213 ff., Tit. 16. Oesterr. G. B. §. 1425. C. c. art. 1257 ff. Pardessus 213. 214. Seuffert, Archiv 2,

nicht handlungsfähig sind, an deren natürliche oder auf vorgeschriebenem Wege bestellte Vorgesetzte und Beamte.[9] Eine Leistung an einen Unfähigen befreit nur, wenn dieselbe in seinen Nutzen verwendet ist, oder von einem Dritten in dem Vertrage bedungen worden war.[10]

b.

Wenn aus einem Handelsgeschäfte mehrere Personen auf dieselbe Leistung Anspruch haben, so ist Jeder befugt, die ganze Leistung anzunehmen und einzufordern.

Dieser Grundsatz, für welchen eine Einigung der gerade hier erheblich auseinandergehenden Landesrechte besonderes Bedürfniß[11] war, ist anerkannt

aa) bei der Gelegenheits-Gesellschaft durch die Vorschrift:
Ist ein Theilnehmer zugleich im Auftrage und Namen der 269
übrigen aufgetreten, oder haben alle Theilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt, so ist jeder Theilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet;

bb) bei mehreren Geschäftsführern einer auch nur theilweis 100
offenen Handlungsgesellschaft. 102

Seine Anwendung auf den scheinbar nicht entschiedenen Fall, wenn einzelne Forderungen an eine Mehrheit von Rechtsnachfolgern des ursprünglich einen Gläubigers übergehen, ist zweifellos:

S. 202. 10, S. 340. Ueber die Förmlichkeiten, unter welchen die Deposition nachgesucht werden muß oder geschieht, entscheiden die Landesgesetze. Vergl. H. G. B. Art. 205. 245. 323. 343. 407. 602. 624. 625. 648. 675. 690.

[9]) Väter, Vormünder, Kuratoren, Vorsteher von Korporationen, Kassenbeamte. — Die Mannigfaltigkeit in den landesrechtlichen Vorschriften über Bestallung und Berechtigung solcher Beamten ist groß.

[10]) l. 11. 95, §. 7 Dig. de solut. Z. B. Herrn Bankier Zimmern in Heidelberg. Zahlen Sie an meinen Sohn, den Studenten X, monatlich 50 Thlr. vom 1. Mai 1863 ab bis u. s. w. Wittwe X, geb. Z.

[11]) Vergl. Gruchot in seinen Beitr. III, S. 343. Bornemann, Syst. II, S. 381. Koch, Recht d. Ford. II, S. 19—28. v. Savigny, Obl. I, S. 289. — Nach jenem Satze, der in Oesterreich Gesetz (G. B. §§. 892. 93), im Code wenigstens für die Empfangnahme der Leistung anerkannt ist (art. 1198), neigt die Praxis des Preuß. Ober-Tribunals und des gemeinen Rechts schon lange. (Siehe auch Seuffert, Archiv Bd. 15, S. 138.)

Wenn Jemand im Auftrage mehrerer Theilnehmer das Geschäft geschlossen, so werden diese solidarisch berechtigt. Dem Auftrage steht in jeder Beziehung die nachträgliche Genehmigung gleich. Ob nun durch eine solche, oder durch eine Uebertragung des erworbenen Anspruchs die mehreren Personen in das Handelsgeschäft eintreten, ist der rechtlichen Beziehung des Schuldners völlig fremd, kann auf dessen Verpflichtung also keinen Einfluß üben.

Nicht minder gilt der Satz beim Uebergange einzelner Forderungen auf mehrere Erben. Wenn der Bevollmächtigte mehrerer Theilnehmer abgeschlossen, so ist jeder solidarisch berechtigt und verpflichtet. Mehr aber, als die Handlungen des Bevollmächtigten für die Auftraggeber, sind die Handlungen des gemeinschaftlichen Erblassers bindend für die Erben.

Für diese Entscheidung spricht auch die Natur der Sache: der Schuldner darf durch einen Uebergang der Forderung in keine schlechtere Lage kommen. Bisher berechtigt, an eine Person zu leisten, kann er ohne seine Bewilligung nicht genöthigt werden, die mehreren Personen zur gemeinschaftlichen Annahme und Empfangsbescheinigung zusammenzuführen, und die größere Gefahr der Legitimation von mehreren Empfängern zu tragen. Das Verhältniß der mehreren Personen unter einander liegt außer seiner Rechtsbeziehung. Dadurch ist auch eine antheilsweise Befriedigung der einzelnen Theilnehmer abgeschnitten.[12]

3. Die Person des Leistenden.[13]

§. 61. Die Berechtigung und die Verpflichtung, zu leisten, ist
53 in einer Person nur dann vereinigt, wenn es bei Errichtung des Vertrages gerade auf persönliche Eigenschaften ankam, wie bei Dienstverhältnissen. In anderen Fällen darf jeder handlungsfähige Dritte leisten, sofern nicht beide Kontrahenten einverstanden waren, dies zurückzuweisen. Durch solche Leistung wird der Schuldner zwar von seinem bisherigen Gläubiger frei, der Schuld in seinen Büchern aber nur entledigt, wenn der Leistende die Absicht zu schenken hatte. Dieser kann als Gegenleistung von dem Gläubiger

---

[12]) Motive S. 100. Prot. S. 498.

[13]) Sintenis §. 103. Koch, R. d. Ford. §. 154.

die Abtretung der Forderung verlangen. Ist diese nicht geschehen, so richtet sich sein Rückgriff auf den befreiten Schuldner nach dem besonderen Verhältniß, in welchem er zu diesem stand. War durch keine rechtliche Beziehung zwischen Beiden die Leistung veranlaßt worden, so kann der Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag geltend gemacht werden, soweit dem Schuldner durch die Leistung ein Nutzen erwachsen ist. Er kann also alle Einwendungen, welche er gegen den ursprünglichen Gläubiger hatte, neben denen vorbringen, welche ihm gegen den klagenden Dritten selbst zustehen.[14]

Verpflichtet ist zur Leistung die im Vertrage bezeichnete Person. Die Einwilligung des Gläubigers ist nöthig, wenn *nach* oder *neben* ihr, eine ausdrückliche Entlassung, wenn *statt* derselben ein anderer Schuldner eintreten soll.

Sind mehrere Personen für dieselbe Schuld verpflichtet, so 269
kann, wenn der Vertrag nichts Anderes ergiebt, der Gläubiger 280
nach seiner Wahl gegen eine oder mehrere von ihnen die ganze 281
Leistung einklagen, nur muß er, sofern er den Bürgen zuerst in Anspruch nimmt, den Nachweis führen, daß er den Hauptschuldner zur Erfüllung fruchtlos aufgefordert habe. Ist einmal geleistet, so sind alle Schuldner frei. Das Verhältniß, in welchem sie untereinander stehen, berührt den Gläubiger nicht.[15]

Daß diese Vorschriften auch Anwendung finden, wenn die Verpflichtung eines einzelnen Schuldners von mehreren Erben übernommen ist, kann nicht bezweifelt werden.

4. Die Leistung.

a) Was darf gefordert werden?

§. 62. Im Allgemeinen hat der Gläubiger *Deckung* zu erhalten und zu fordern. Daß diese nach Art und Werth mit der versprochenen Leistung vollständig zusammentreffen müsse, ist herge-

---

[14]) Außer den Angeführten vergl. Frh. v. *Diepenbroick Grüter* bei *Gruchot* III, S. 1 ff.; über die besonderen Vorschriften bei dem jus offerendi nach gem. R. *Sintenis* §. 73, im Code art. 1251, über das jus subintrandi des Preuß. Rechts Konk.-Ord. §. 11; *Koch*, R. d. Ford. §. 56. Motive S. 387.

[15]) Motive S. 106.

brachter Lehrsatz. Derselbe ist aber näher zu bestimmen, und zu beschränken.

Regelmäßig darf die Klage auf keine andere Leistung und keinen höheren Werth abzielen. Der unrichtige Theil derselben würde zurückgewiesen werden. Es bemißt sich aber jede Leistung nach Gelde, insbesondere im Handel ist es deren Geldwerth, mit welchem die Kontrahenten bei dem Abschlusse des Geschäfts gerechnet hatten. Dieser tritt, sofern die Leistung nicht bedungenermaßen erfolgen kann, hervor, und wird zum nothwendigen Gegenstande der Klage. Ein Einwand des Verklagten, daß die Unmöglichkeit der Leistung außer seiner Schuld, in einem bloßen Zufall, liege, wird im Allgemeinen zugelassen, aber nach der Natur des Geschäfts und nach den Landesgesetzen nicht gleichmäßig
123 behandelt und beurtheilt. Als entscheidender Zufall wirkt der Tod
des einen Kontrahenten auf solche Verbindlichkeiten, bei deren Er-
170 füllung es auf die bestimmte Person ankam, alle anderen gehen
264 unverändert auf die Erben über.[16] Ob die angebotene, namentlich
ob die verspätete Leistung als die versprochene anzunehmen sei, wird im Streite der Richter nach dem zu erforschenden Willen der Kontrahenten beim Vertragsabschlusse zu ermessen haben,[17] wo keine Gesetzesvorschrift für das besondere Geschäft besteht.[18]

---

16) Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des R. u. Deutsch. R. und der neueren Legislationen (Tübingen 1838). Wolff, zur Lehre von der Mora S. 91 ff., besonders S. 116 ff. Gelpcke, Zeitschr. für Handelsr. I, S. 1 ff. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. 1. Abth. (Braunschweig 1853) §§. 20 ff. Stobbe, zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts (Leipzig 1855) S. 209 ff. Koch, R. d. Ford. II, §§. 136 ff. Gruchot in seinen Beitr. 3, S. 131 ff. 147 ff. Sintenis §. 106. Pardessus 188. 328 ff. Pr. A. L. R. §§. 360 ff. 393 ff., Tit. 5, Th. I. C. c. art. 1147. 1148. 1795. In Oesterreich steht die Entscheidung nicht allein auf §. 919, sondern auch auf §§. 1447 („selbst die den Werth zu vergüten") u. 1154, woselbst jene Umwandelung in das Interesse für einen Fall ausdrücklich genehmigt ist. Vergl. außerdem §. 1448. — Rechtssprüche bei Goldschmidt 5, S. 278—296.

17) Vergl. die Motive zu Art. 250 des Pr. Entwurfs S. 130, die Berathungen darüber Prot. S. 597 ff. Pr. A. L. R. §. 413, Tit. 5, Th. I. C. c. art. 1184. Sintenis §§. 83. 90. 93.

18) Art. 64. 125. 354 ff. 364 H. G. B.

Eine Mehrforderung ist nicht allein vorhanden, wenn ein größerer Gegenstand, sondern auch, wenn die Leistung an einem dem Verklagten weniger genehmen Orte, zu früh, in besserer Beschaffenheit, oder falls sie bedingt war, unbedingt verlangt wird; doch treten der versprochenen Sache ihre natürlichen Zuwüchse und Erzeugnisse bei.[19]

Zinsen.

§. 63. Von Geldschulden sind Zinsen zu entrichten, auch wenn dieselben nicht ausbedungen sind, und zwar vom Verzuge des Schuldners ab, wo nicht ein früherer oder späterer Zeitpunkt durch Gesetz bestimmt ist. Diese letzte Art von Zinsen, zum Unterschiede 288
gesetzliche benannt, sind im Handelsgesetzbuche vorgeschrieben: 289

a) bei Darlehen, Einlagen, Vorschüssen, Auslagen und anderen 290
Verwendungen eines Kaufmannes für den anderen, eines 93
Handlungs-Gesellschafters und Theilnehmers einer Gelegen- 106
heits-Gesellschaft in die Gemeinschaft und der Gemeinschaft 161
für ihn, sowie bei Vorschüssen, welche ein Mitrheder oder 268
Schiffspartner für den anderen zur Ausrüstung oder Repa- 95
ratur des Schiffes gemacht hat, von dem Tage ihrer Leistung 467
oder Beschaffung, 476

b) bei laufender Rechnung (Kontokurrent) zwischen Kaufleuten
von dem Ueberschusse, welcher sich bei dem jährlichen Rech- 291
nungsabschlusse als das Guthaben des einen herausstellt, wenngleich darunter Zinsen begriffen sind,[20] von dem Tage des Abschlusses.

Das gewöhnliche Maß der Zinsen ist bei Handelsgeschäften[21] 287
„Sechs vom Hundert jährlich." Ob im Allgemeinen höhere bedungen werden dürfen, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.
Im Gesetzbuche ist dies zugelassen bei Darlehen, welche ein Kauf- 292

---

[19]) (Thierjunge). Nach gem. Recht, l. 67 Dig. de contr. emt. (18, 1), l. 13, §. 10 de act. emti (19, 1) und dem C. c. art. 1614 vom Zeitpunkte des Vertragsabschlusses, nach Pr. A. L. R. §. 108, Tit. 11, Th. I und Oesterr. G. B. §§. 1050. 51 vom Zeitpunkte, für welchen die Uebergabe festgesetzt ist.

[20]) Sonst sind Zinsen von Zinsen in der Regel untersagt. Sintenis §. 87, N. 49. Koch, R. d. Ford. I, §. 16. Pr. A. L. R. §§. 818 ff., Tit. 11, Th. I. Oesterr. G. B. §. 998.

[21]) In Handelssachen nach Pr. Einf. G. Art. 14.

mann empfängt und bei Schulden eines Kaufmannes aus seinen
293 Handelsgeschäften. Ob die Zinsen im Laufe der Zeit den Gesammtbetrag des Kapitales übersteigen, macht keinen Unterschied.[22]

b) Was muß genommen werden?

aa) Natur der Leistung.

§. 64. Nur die bedungene Leistung befreit den Schuldner; was aber im Verhältniß zum Willen der Kontrahenten als eine andere Leistung zu betrachten sei, ist nach den Umständen jeden einzelnen Falles festzustellen, wie dies bereits bei Gelegenheit des wesentlichen Irrthums ausgeführt ist. Im Zweifel ist anzunehmen, daß, wo Gegenstände nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt sind, alle der benannten Gattung angehörende für einander eintreten können. Ist
335 bei solchen vertretbaren Sachen über die Beschaffenheit und Güte nichts ausgemacht, so hat der Verpflichtete Handelsgut von mittlerer Art und Güte zu gewähren.[23]

Wer im Streite die Erfüllung behauptet, muß beweisen, daß seine Leistung wirklich eine Erfüllung sei, wer dieselbe aber beanstandet, ungeachtet sie die bedungenen bestimmten Eigenschaften hatte, muß die besonderen Mängel darthun, welche ihn berechtigen, die Leistung zurückzuweisen, oder Entschädigung zu verlangen.[24]

An dieser Beweispflicht ist dadurch nichts geändert, daß so-

---

[22]) Im gemeinen Recht, lehrt man, gelte das Gebot Justinians, daß der Zinsenlauf gehemmt werde, wenn die rückständigen Zinsen das Kapital erreicht hätten (vergl. Sintenis §. 87, N. 48), doch hat sich das verzinsliche Darlehn in Deutschland gegen das Verbot des Kanonischen Rechts selbstständig entwickelt. Die Beschränkungen Justinians können darauf keine Anwendung finden. In der R. P. O. von 1577 Tit. 17 steht nichts von dieser Beschränkung. Vergl. auch J. R. A. von 1654 §. 173 ff., insbesondere das Gutachten des Reichskammergerichts dazu bei Emminghaus, corp. jur. german. In Preußen ist das alterum tantum erlaubt, in Oesterreich verboten. G. B. 1335.

[23]) Die „tel quel" Klausel macht den Vertrag zu einem aleatorischen, sie ist von Bedeutung, wo der Verkäufer selbst den Ausfall der Waare noch nicht kannte, befreit ihn aber nicht von der Verpflichtung, „Handelsgut" zu liefern. Neues Arch. I, S. 272 und Voigt in Bd. 2, S. 297 ff.

[24]) Ueber die sogenannte exceptio non impleti contr. und die wirkliche exceptio non rite ad impleti contractus siehe Sintenis in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 16, S. 255 ff.; 17, S. 253 ff. Syst. §. 31, N. 24; §. 97, N. 61. Bornemann II, S. 225. v. Keller in den Jahrb. des gem. D. R. 4, S. 337 ff. Heydemann, Einl. S. 236. Treitschke, Kfk. §. 82.

wohl der Empfänger als der Absender einer beanstandeten Waare befugt ist, den Zustand derselben, sobald Mängel bemerkt werden, 348 durch gerichtlich ernannte Sachverständige feststellen zu lassen, um für den kommenden Prozeß seinen Beweis oder Gegenbeweis vorzubereiten.[25]

Angabe an Zahlungsstatt.

§. 65. Der Schuldner darf dem Gläubiger regelmäßig keine andere als die bedungene Leistung aufdrängen, so lange diese noch möglich ist.[26]

Eine Angabe an Zahlungsstatt beruht also stets auf einem besonderen Abkommen, und ist nach diesem, so wie nach den bestehenden landesrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen. Eine solche hat, wie der Name andeutet, ihre gewöhnlichere Anwendung, wo eigentliche Zahlung, das heißt eine Leistung in Gelde, Gegenstand des Vertrages ist. Die versprochene Summe[27] muß in der verabredeten Münzsorte gegeben werden. Als verabredet sind im 336 Zweifel die Sorten zu betrachten, welche an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden sollte. Befriedigung durch andere Sorten ist Angabe an Zahlungsstatt, doch wird vermuthet, daß, wenn die verabredete Sorte am Zahlungsorte nicht in Umlauf ist, dieselbe nur als Rechnungswährung gemeint sei, und die Zahlung in Landesmünze erfolgen solle. Diese Vermuthung kann in dem Vertrage ausgeschlossen werden, zum Beispiel durch den Zusatz: „effektiv."

bb) Kompensation.

§. 66. Scheinbar liegt eine Angabe an Zahlungsstatt in der Kompensation,[28] erwägt man aber, daß nur gleichartige Werthe

---

[25]) Prot. S. 1385.

[26]) Für das gem. R. Sintenis §. 90. Koch, R. d. Ford. §§. 160 ff. Pr. A. L. R. §§. 235 ff., Tit. 16, Th. I. Oesterr. G. B. §. 1414. Man sagt, im gemeinen Rechte sei der Schuldner ausnahmsweise durch Nov. 4. cap. 3 zu einer theilweisen Güterabtretung berechtigt; bedenkt man aber, daß diese erst in der Executionsinstanz zur Geltung kommen wird, so findet man überall etwas Aehnliches. Nur die Formen der Durchführung sind verschieden.

[27]) Ein sehr verbreiteter Irrthum kleiner Kaufleute ist es, daß der Gläubiger statt Geld Wechselaccepte nehmen müsse. Dann wäre er gezwungen, Frist zu geben.

[28]) Sintenis in der Zeitschr. f. Zivilr. u. P. 18, S. 1 ff. Hartter, daselbst 19, S. 169 ff. Sintenis, Zivilr. §. 104. Aug. Otto Krug, die Lehre

gegen einander abgerechnet werden können, also zum Beispiel nicht eine auf hundert Stück Preußische Friedrichsd'or lautende Forderung mit einer Gegenforderung von fünfhundert sechs und sechszig Thaler zwanzig Silbergroschen,[29] so hat jeder Theil den Werth bereits in sich selbst. In den Büchern eines Jeden steht er unter seinem Haben. Der überflüssige Hergang, daß mit der einen Hand der Beutel hingereicht und mit der anderen Hand zurückgenommen werde, ist durch einfache Berechnung ersetzt.

Aus dieser Anschauung[30] erklären sich die anderen Erfordernisse der Kompensation:

1. So lange bis die Abrechnung stattfindet, steht in dem Buche eines Jeden auf dem Konto des Anderen Forderung und Schuld unausgeglichen gegenüber. Die Abrechnung ist erst vollendet, wenn in beiden Büchern der Strich gezogen ist, und der Ueberschuß, in dem einen als Haben, in dem anderen als Soll zum neuen Vortrage fertig feststeht.

Hiermit ist nicht gesagt, daß Kompensation nicht auch bei ungebuchten Forderungen stattfinde, es schien aber dem Verständnisse mehr zu dienen, den rechtlichen Vorgang, statt ihn abstrakt zu begründen, an dem Verfahren, welches sich unter ordentlichen Kaufleuten als nothwendig herausstellt und sich überall, wennschon nicht geschrieben oder gesprochen würde, innerlich zuträgt, anschaulich zu machen.

Die Abrechnung darf nach allen Gesetzen erzwungen werden. Ist sie geschehen, so ist damit ein bereits bestehendes thatsächliches Verhältniß anerkannt, wonach die beiderseitigen Forderungen, soweit

---

von der Kompensation (Leipzig 1833). Dernburg, die Kompensation nach Römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen (Heidelberg 1854), woselbst auch die ältere Literatur angeführt ist. Ubbelohde über den Satz: ipso jure compensatur (Göttingen 1858). Pr. A. L. R. §§. 300 ff., Tit. 16, Th. I. C. c. art. 1289 ff. Oesterr. G. B. §§. 1438 ff.

[29]) Wennschon mit Widerstreben mußte doch hier vielen Mißverständnissen gegenüber ein Satz wiederholt werden, den schon der Schüler in der Form lernt: Aepfel lassen sich nicht von Birnen abziehen.

[30]) Dieselbe Anschauung ist von Plautus, Mostellaria act. I, sc. 3. 140, als die des Römischen Volkes ausgedrückt: Etiam nunc decem minae apud te sunt, d. h. nachdem die Kompensation stattgefunden, hast du von mir noch zehn Minen, welche du mir schuldest. Siehe bei Dernburg a. a. O. S. 23.

sie einander decken, sich in dem Zeitpunkte aufwogen, an welchem ihre Fälligkeit zusammentraf. Deshalb wird die Kompensation dadurch nicht ausgeschlossen, daß nach diesem Zusammentreffen der Fälligkeit die Verjährungsfrist rücksichtlich der einen Forderung ablief. 911

2. Nur die Aufrechnung fälliger Forderungen läßt sich erzwingen,[31] denn nur solche stehen sich einander gleich. Das baare Geld, welches heute zur Kasse kommt, ist noch vielfach umzusetzen, bis es auf die Gegenforderung gezahlt wird.

3. Abrechnen läßt sich nur eine bestimmte Summe. Wo die Gegenforderung, wennschon nach ihrem Rechtsgrunde, doch nicht nach ihrer Höhe feststeht — nicht liquide ist, kann[32] nicht abgerechnet werden. Wer also eine liquide Forderung einklagt, ist außer Schuld, wenn er die illiquide Gegenforderung nicht abzog. Nur dieses bestehende Rechtsverhältniß ist durch Erkenntniß festzustellen, der Richter muß in solchem Fall die illiquide Gegenforderung zum besonderen Verfahren verweisen.

Anders ist es, wenn auch die eingeklagte Forderung noch einer Beweisaufnahme bedarf. Ist während derselben auch die Gegenforderung klar gemacht, so stehen sich nun beide Forderungen abrechnungsfähig gegenüber, und der in dieser Beziehung unbeschränkte Wille des Verklagten, welcher sich in Geltendmachung der Gegenforderung äußerte, vollzieht die Abrechnung in diesem Augenblicke, so daß der Richter, welcher den Endbescheid über die Klageforderung auszusprechen hat, dieselbe nur noch in dem Betrage vorfindet, welcher ihr nach Abzug der Gegenforderung verblieben ist. Hiernach darf dem Verklagten der Beweis seiner Forderung, wenn dieselbe gleichzeitig mit der Klageforderung klar zu stellen ist, nicht abgeschnitten werden.[33]

---

31) Vergl. Gruchot, Beitr. I, S. 388.

32) Dennoch erachtet Dernburg a. a. O. S. 480 die hier vertretene Ansicht für weniger praktisch.

33) Diese Sätze sind von bedeutenden Lehrern des gemeinen Rechts (Sintenis a. a. O. und die daselbst angeführten Schriftsteller) nicht minder als von den neueren Gesetzgebungen anerkannt, welche doch gleichfalls auf gemeinrechtlicher Lehre fußen. Pr. A. L. R. §§. 359 ff., Tit. 16, Th. I. C. c. 1291. Oesterr. G. B. §. 1438. Churf. Konstitution von 1572 const. 8, P. 1. Krug a. a. O. S. 234 führt diese auf das Deutsche Recht zurück, doch nicht ohne Beweis, wie Sintenis sagt, sondern unter Berufung auf Art. 12, Bd. III des Sachsenspiegels (Landr.).

Anders ist es ferner, wenn Leistungen und Gegenleistungen
aus einem Geschäfte entspringen, denn hier besteht eine Forderung
überhaupt nur, in soweit ein Unterschied zwischen Leistung und
Gegenleistung vorhanden ist.[34] Nicht minder widerstrebt es dem
291 Wesen des Kontokurrentgeschäfts, aus der laufenden Rechnung, in
welcher die Kaufleute mit einander stehen, einen einzelnen Posten
zur Klage herauszugreifen, vielmehr wird nach der Absicht, welche
bei Eingehung des Verhältnisses obgewaltet, die ganze doppelte
Postenreihe durch den Rechnungsabschluß in eine Einheit zusammengefaßt. Einzuklagen ist nur die Saldoforderung; die einzelnen
Posten sind zu deren Begründung anzuführen.

4. Nur was beide Theile von einander in ihren Büchern
haben, können sie aufrechnen. Das Handelsgesetzbuch enthält An-
121 wendungen dieses Grundsatzes im Verhältnisse des Gesellschafts-
169 schuldners zu dem einzelnen Gesellschafter und bei der Versicherung
895 für fremde Rechnung.

Keine Ausnahme ist es, daß der Zessionar alle Forderungen
471 des Schuldners gegen den Zedenten sich entgegensetzen lassen muß,
904 welche bis zur Benachrichtigung des Schuldners von der erfolgten
905 Zession entstanden sind,[35] denn bis dahin befindet sich die abgetretene
Forderung bei dem Schuldner auf dem Konto des Zedenten dessen
Soll gegenüber, und der Zeitpunkt der möglichen Aufhebung ist
entscheidend bei ihrer Geltendmachung. Daß der Zedent das bei
dem Schuldner auf seinem Konto stehende Soll sich abrechnen lassen
muß, ist selbstverständlich.

Auch der Konkurs soll keine Ausnahmen herbeiführen. Dies ist der Grundgedanke bei den Gemeinrechtslehrern, im Code und in der Deutsch-Oesterreichischen[36] Gesetzgebung, welche Bestimmungen über die Kompensation im Konkurse nicht enthalten, aber auch der

---

[34]) Quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona.

[35]) Pr. A. L. R. §. 313, Tit. 16, Th. I. C. c. art. 1690. 1691. Vergl. die lehrreiche Abhandlung von Gruchot über das Verhältniß zwischen Zessionar und Schuldner, insbesondere die Bedeutung der Anzeige in seinen Beiträgen 6, S. 151 ff.

[36]) Die Konk. Ord. v. 18. Juli 1853 für die Ungarisch-Oesterreichischen Kronländer und Siebenbürgen enthält Bestimmungen §§. 30. 111. Siehe Fischer, H. R. §. 379, N. 1.

leitende Gesichtspunkt bei den Vorschriften der Preußischen Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. Streitig ist im Wesentlichen nur die Vereinigung der Lehrsätze des Konkurses mit denen, welche sich für die Kompensation entwickelt haben. Einig ist man hiebei, daß durch die Eröffnung des Konkurses das Vermögen des Gemeinschuldners von dessen Person sich ablöst und dessen Einwirkung entzogen wird. Seine bisherigen Bücher werden geschlossen. Die Gläubigerschaft übernimmt die Verwaltung und die Buchführung. Durch die Konkurseröffnung wird von Rechtswegen die Theilung des voraussichtlichen Ausfalles der Gesammt-Aktivmasse unter die konkurrirenden Gläubiger ausgesprochen, das Konkursverfahren bringt diese Theilung zur Ausführung. Jedes einzelne Konto wird zunächst in sich berechnet. Nur dessen Ueberschuß an Haben oder Soll erscheint als Posten im Theilungsplane.

Man streitet aber, ob die gegenseitigen Forderungen bei Eröffnung des Konkurses fällig sein müssen. Die Preußische Konkurs-Ordnung hat, in Uebereinstimmung mit einer auch in den gemeinrechtlichen Ländern überwiegenden Praxis,[37] ein solches Erforderniß gestrichen, weil der Konkurs für Alle, welche eine Forderung an den Gemeinschuldner haben, eröffnet wird, und nicht das Dasein einer Forderung, sondern nur ihr Werth von ihrer Fälligkeit abhängt. Auf der anderen Seite stehen die Französischen Juristen[38] mit dem kleineren Theile der Gemeinrechtslehrer.

Streit ist ferner, ob der Zeitpunkt der Konkurseröffnung oder der ihrer Bekanntmachung für die Zulässigkeit der Kompensation entscheidend sei. Auf die Bekanntmachung kommt es nicht an. Die Regeln für den Uebergang der Forderungen reichen hier nicht aus. Durch die Konkurseröffnung selbst wird die Lage der Gläubiger festgestellt und jede Verfügung des Gemeinschuldners ausgeschlossen.[39]

---

37) und der Oesterr. Konk. Ord. von 1853 §. 111.

38) Z. B. Pardessus 1125, unerachtet des art. 448 C. d. c. und 1188 C. c., aus welchem sich die entgegengesetzte Entscheidung rechtfertigen läßt. Seine Ausführung übersieht, daß es möglich ist, den Werth einer noch nicht fälligen Forderung zu messen. Die Preuß. Konk. Ord. hat dies in §. 96, Nr. 3 und §. 249 unter Anwendung der Hoffmannschen Methode, das Interusurium zu berechnen, gethan.

39) Die Französischen Juristen (Pardessus 1116 ff. Rogron zu art. 442 C. d. c.) scheinen der hier vertretenen Meinung. In Belgien schwankte man über

Hiernach erscheint die Vorschrift der Preußischen Konkurs-Ordnung, auch wo ihr keine Gesetzeskraft beiwohnt, richtig, daß die Kompensation unter Voraussetzung der allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse stattfindet:

1. wenn Jemand nach der Konkurseröffnung Gläubiger und Schuldner der Masse geworden ist;
2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung etwas schuldig war und nachher ein Gläubiger der Masse geworden ist;
3. wenn gegenseitige Forderungen zwischen dem Gemeinschuldner und dem Gläubiger desselben schon vor der Konkurseröffnung bestanden haben, die Forderungen mögen zur Zeit der Konkurseröffnung bereits fällig sein oder erst später fällig werden.

Dabei versteht sich, was in Preußen ausdrücklich gesagt werden mußte,[40] nach allen Rechtssystemen, daß Niemand die Kompensation zu einer Ausplünderung der Masse brauchen darf, daß sie also versagt ist,

wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung etwas schuldig war und vor der Konkurseröffnung eine Forderung an denselben durch Zession oder durch Befriedigung eines Gläubigers oder aus einem neuen Geschäft erlangte, sofern ihm zur Zeit der Zession oder der Befriedigung des Gläubigers oder der Abschließung des neuen Geschäfts bekannt war, daß der Gemeinschuldner bereits seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß bereits von dem Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gericht angezeigt, oder von einem Gläubiger desselben die Konkurseröffnung beantragt war.

---

die Auslegung des art. 442: le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens. In Oesterreich, wo noch die Konkursordnung von 1781 gilt, ist man der Frage nicht dadurch überhoben, daß dort der Konkurs erst vom Anfange des Tages der Kundmachung des Edikts für eröffnet gilt (Hfd. v. 14. Mai 1846), weil die Kenntniß des Dritten von dem Edikte jedenfalls erst später eintritt.

[40]) Vergl. C. d. c. art. 447.

cc) Skontration.[41]

§. 67. Die Rechtswahrheit, daß nur, was beide Theile in ihren Büchern von einander haben, aufgerechnet werden könne, wird nicht beeinträchtigt durch die Möglichkeit, die Schuld eines Dritten dadurch zu tilgen, daß man dessen Gläubiger wegen einer eigenen Forderung an diesen entlastet. Hier wird aber die Schuld des Dritten erst auf das Konto des Tilgenden gebracht. Dann ist sie dessen Schuld, und läßt sich kompensiren.

Dies Verfahren, bei welchem die Uebertragung auf das Konto des Tilgenden zunächst ein innerer Vorgang bleibt, ist unter Kaufleuten zur Ersparung von baaren Zahlmitteln, von Kosten, Gefahr und Zeit in ausgedehntem Maße hergebracht, und heißt, sofern es unter Anwesenden meist in einer größeren Kette von Gläubigern und Schuldnern angewendet wird, Zahlung mit geschlossenem Beutel oder Skontration.[42]

Wo Kaufleute zum Handel ihre Zusammenkünfte haben, auf Messen, größeren Märkten und Börsen, giebt es eigene Skontroplätze. Dort finden sich an Abrechnungstagen, zum Beispiel auf Börsen an dem letzten Monatstage (bei der Ultimoliquidation), die Personen, welche einander schuldig sind, zusammen. Jede sucht einen Gläubiger und Schuldner, um sie auf einander anzuweisen und dadurch selbst die baare Einnahme und Ausgabe zu vermeiden. So bildet sich eine kettenartige Gliederung, aus welcher jedes einzelne Glied wieder ausscheidet, sobald es seine Nebenglieder in unmittelbare Verbindung gebracht hat, bis die beiden Endglieder, von denen das eine nur Gläubiger, das andere nur Schuldner ist, sich gegenüberbleiben. Diese haben sich nun auszugleichen.

Der Eintritt in eine solche Kette ist ein freiwilliger, da Nie-

---

41) Heise, H. R. §. 16. Thöl, H. R. §§. 134 ff. Brinkmann, H. R. §. 142. Malß bei Goldschmidt 4, S. 1 ff.

42) Die Vortheile dieser Ausgleichungsart sind augenfällig. Bei dem Clearinghouse in London waren im Jahre 1839 durchschnittlich nur 7 % Gold oder Banknoten zur Ausgleichung des Gesammtbetrages aller Forderungen nöthig, z. B. im August 1839 Gesammtbetrag: 87,610,500 Pfund St., Bilanz durch Banknoten saldirt: 6,164,900, Prozent: 7,037. Vergl. Schwebemeyer, das Aktien-Gesellschafts-, Bank- und Vers.-Wesen in England (Berlin 1857).

mand für einen sicheren Schuldner einen weniger zuverlässigen einzutauschen braucht, und Jeder bedacht sein darf, die Verbindung zunächst zwischen demjenigen seiner Gläubiger und demjenigen Schuldner herzustellen, deren Haben und Soll in seinen Büchern sich am weitesten deckt.[43] Daher geschieht die Bildung solcher Skontroketten nicht ohne viele oft lärmende Umfrage. Allerdings giebt es Skontroplätze, an welchen dies Geschäft sich stiller und noch einfacher vollzieht, die Girobanken.[44] Hier wird auf dem Konto eines Jeden die von ihm angemeldete Zahlung ab und dem Guthaben des benannten Empfängers zugeschrieben, aber auch die wenigen Banken, welche solche Geschäfte treiben, beschränken sich auf eine Ueberschreibung von Geldschulden, während die Ausgleichung durch Skontration in erheblichen Umfange auch bei Lieferungsgeschäften stattfindet. Wenngleich sich diese, selbst wo sie ernstlich gemeint sind, bei den Zwischenpersonen in bloße Geldforderungen auflösen, so ist doch deren Höhe erst durch gegenseitige Berechnung klar zu machen. Für diese aber ist ein gleichzeitiges Erscheinen der Betheiligten auf dem Skontroplatze erforderlich.

bb) Abzüge.

§. 68. Der Gläubiger braucht sich regelmäßig auf Abzüge von der bedungenen Leistung nicht einzulassen. Scheinbare Ausnahmen[45] sind:

1. Der Rabatt, ein Abzug, welcher für gewisse Handelsgeschäfte, insbesondere bei Abnahme einer größeren Menge von Waaren im Handelsgebrauche feststeht, entweder bei sofortiger Zah-

---

[43]) Hätte der Gläubiger z. B. 100 zu fordern, der Schuldner aber nur 80 zu zahlen, so müßte nun wegen der noch verbliebenen 20, die der Gläubiger noch zu fordern hat, ein neuer Schuldner gesucht werden; läßt sich aber sogleich ein Schuldner von 100 finden, so ist ein ferneres Suchen nicht mehr nöthig.

[44]) Im Allgemeinen sind unter Banken zu verstehen: Kredit-Anstalten, bei welchen Vorräthe edlen Metalles in Barren oder Münzen zur sicheren Aufbewahrung oder zur Erleichterung des Handels niedergelegt werden. Zu vergl. als neuestes ausführliches Werk: Otto Hübner, die Banken (Leipzig 1853. 54), und der Vertragsentwurf der Preuß. Regierung über Regelung der Privatpapiergeld- namentlich der Banknoten-Cirkulation für die Deutschen Bundesstaaten bei Goldschmidt 5, S. 324.

[45]) Heise, H. R. §. 16. Brinkmann, H. R. §. 76. Fischer, H. R. §. 253.

lung des sonst kreditirten Preises, oder neben der Zahlungsfrist.[46]
Der Handelsgebrauch dient hier, wie überall, insofern zur Grund- 1
lage der Entscheidung, als danach auf den Willen der Kontrahenten 279
bei Eingehung des Geschäfts geschlossen werden muß. Der Abzug
gilt also, wenn er statthaft ist, als mitbedungen.

2. Der Diskonto (Skonto), ein Abzug, welcher für Vor-
ausbezahlung einer Geldschuld gemacht wird, ist gleichfalls, abge- 334
sehen von ausdrücklicher Uebereinkunft, nur gestattet, wo ein Handels-
gebrauch dazu ermächtigt.

3. Der Dekort, ein Abzug wegen Mangelhaftigkeit der Waare, ist ein Versuch zur einseitigen Geltendmachung einer wirklichen oder vorgespiegelten Entschädigungsforderung, welcher nach stillschweigender oder erzwungener Anerkennung des Veräußerers zu einer Verminderung der Schuld des Empfängers führt. Die Leistung muß auch hier der Schuld entsprechen.

Eine aus dem gemeinen Rechte stammende Ausnahme,[47] daß
wer eine fremde Forderung erworben, sich mit dem Preise, welchen
er dafür gegeben, begnügen müsse, ist im Handelsgesetzbuche für
Forderungen, welche aus Handelsgeschäften, einseitigen oder zwei- 299
seitigen, hervorgegangen, aufgehoben. Für Forderungen, welche aus
anderen Geschäften entspringen, wenn auch deren Erwerb als
Handelsgeschäft betrachtet werden muß, besteht die Ausnahme, wie
früher, nicht im Preußischen und Oesterreichischen Rechte, wohl
aber im Gebiete des Code, sofern die Forderung rechtshängig ist,[48]
und im gemeinen Rechte. Hier sind ihre Grenzen und ihre Geltend-
machung unter Gelehrten und Gerichten so streitig, daß der Ver-
such einer Vereinigung hoffnungslos erscheint.[49]

---

46) Im Deutschen Buchhandel muß der Verleger dem Sortimentsbuchhändler nach festem Gebrauche $33\frac{1}{3}$ % Rabatt vom Ladenpreise gewähren, wenn nicht ein geringerer (25 %) bedungen ist.

47) Glück, Pandekten 16, S. 458 ff. Unterholzner, Schuldverh. §. 279. Mühlenbruch, Zession §. 53. Sintenis §. 128. Thöl, Entsch. S. 138 ff. Preuß. A. L. R. §§. 390 ff., Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1699. 1700. Oesterr. G. B. §. 1394.

48) Beruht auf der damals nicht seltenen einschränkenden Erklärung der lex Anastasiana 22, cod. mdti (4, 35), welche gute Namen (z. B. Anton Faber, Stryck) für sich hatte.

49) Dennoch mußte man sich enthalten, die veraltete Vorschrift ganz aufzuheben, um in der Aufgabe des Handelsgesetzbuches zu bleiben.

Eine andere Ausnahme, ursprünglich nicht rechtlicher Natur,[50] wird durch das Unvermögen des Schuldners herbeigeführt. Die Forderung selbst erlischt nur, wo Gesetze oder denselben gleichstehende Gewohnheitsrechte dies gebieten, nirgends aber ohne Weiteres, sobald eine Unfähigkeit zur Zahlung eingetreten, und nicht dem einzelnen Gläubiger gegenüber, sondern in den Formen, an welche das Zusammentreffen der ganzen Gläubigerschaft bei einem überschuldeten Vermögen gebunden ist.

Die gemeinrechtliche Praxis suchte eine Hülfe vor Beeinträchtigungen wohlerworbener Rechte durch landesherrliche Moratorien, und schuf deshalb gegen Anfang des vorigen Jahrhunderts aus einer von Justinian selbst aufgegebenen Vorschrift seiner Sammlung die Erlaßverträge.[51] Als das kleinere Uebel an vielen Orten bereitwillig aufgenommen, sind sie allmählich in Deutschland eingebürgert, und von den neueren Gesetzgebungen[52] hauptsächlich ihrer Verbreitung wegen, unerachtet man die darin enthaltene Rechtsverletzung eingestand, genehmigt. Bei aller Verschiedenheit der Formen kommen diese Gesetze mit jener gemeinrechtlichen Praxis in dem Satze überein:

„Eine näher bestimmte Mehrheit der persönlichen Gläubiger, welche kein Vorzugsrecht haben, kann gegen den Willen und zum Nachtheile einer Minderheit einen theilweisen Erlaß der sämmtlichen Forderungen beschließen."

Der Gläubiger also darf fast ausnahmslos die vollständige
278 Leistung fordern. Ob er aber eine theilweise Erfüllung, zumal

50) l. 137 Dig. §. 4 de Verb. obl. (45, 1).

51) Gad, zur Bestimmung der Grenzen u. s. w. S. 21. 55, bei Gruchot S. 377. 411.

52) Altenburgische P. O. P. I, cap. 37, §. 2. Code d. c. art. 519 ff. Braunschweigische P. O. v. 19. März 1850 §. 309. Badische v. 12. April 1851 §. 781. Preußische Konk. Ord. v. 8. Mai 1855. Oesterr. Ges. über das Vergleichsverfahren v. 18. Mai 1859. Verboten sind sie im Lübischen Rechte III, 1, 13 und in Hannover, P. O. v. 8. November 1850 §. 609 (vergl. die Motive dazu in der Oppermann'schen Ausgabe [Göttingen 1852]), desgleichen in Bayern durch das Gesetz vom 17. November 1837 §. 70 Nr. 2: durch den gezwungenen Nachlaß wird die Verbindlichkeit des Schuldners, wenn er in der Folge zu besseren Kräften kommt, seinen Gläubigern das Fehlende nachzuzahlen, nicht aufgehoben. — Die Oldenburgische Pr. O. vom 19. November 1857 enthält sich des Eingehens auf den materiellen Konkurs-Prozeß. Siehe Motive in der Ausgabe von Bekker (Oldenb. 1859).

wenn eine nachträgliche Ergänzung unausführbar ist, zurückzuweisen 279
befugt sei, muß im einzelnen Falle danach entschieden werden, ob 359
der Wille der Kontrahenten die Leistung unerachtet ihrer thatsäch-
lichen Theilbarkeit in ihrer Einheit zum Gegenstand des Vertrages
zusammenfaßte.[53]

5. Ort der Leistung.

§. 69. Der Ort der Leistung gehört bisweilen zu deren Wesen,
ist aber immer auf deren Werth von Einfluß, bestünde der Unter-
schied auch nur in den Kosten oder in der Gefahr des Transports.
Deshalb muß dieselbe an dem bedungenen Orte geschehen. Beim 324
Mangel einer genauen Angabe ist der Wille der Kontrahenten zu
erforschen. Hiebei wird im Zweifel angenommen, daß, wenn die
Kontrahenten wußten, eine zu übergebende bestimmte Sache befände
sich an einem anderen Orte, an diesem die Uebergabe stattfinden
sollte. Tritt ein abweichender Wille der Kontrahenten nicht hervor,
so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er
zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung,
oder — wenn solche fehlt — seine Wohnung hatte.

An diesem Orte sind also auch erkaufte Waaren zu liefern, 342
und die vom Empfänger gewünschte Uebersendung erfolgt auf dessen 344
Gefahr und Kosten. 345

Nur baares Geld und Papiergeld, nicht auch andere Werth- 325
papiere, hat der Schuldner auf eigene Gefahr und Kosten dem
Gläubiger an den Ort zu übermachen, an welchem dieser, als die
Forderung entstand, seinen kaufmännischen oder in Ermangelung
dessen seinen bürgerlichen Wohnsitz hatte.[54]

---

[53]) Hierdurch wird der Handel von beengenden Regeln, besonders des gemeinen Rechts (v. Savigny, Obl. R. 632; Entsch. d. Ob.-Appell.-Ger. Lübeck vom 29. November 1856 bei Goldschmidt 5, S. 273) befreit. Der Richter wird z. B. Denjenigen, der 5 mille Spielpapiere bestellt hat, nicht nöthigen, einige hundert anzunehmen, wohl erwägend, daß diese Papiere an den Börsen nur nach mille gehandelt werden, eine geringere Menge also nicht zu jeder Zeit wieder unterzubringen ist.

[54]) Diese Bestimmungen des Gesetzbuches entsprechen den bisherigen allgemeineren Gebräuchen des Handelsrechts (Thöl, H. R. §. 78; Entsch.-Gründe S. 62). Dieselben sind bereits im bürgerlichen Rechte des Code art. 1247. 1609, weniger im gemeinen Rechte (v. Savigny, Syst. 8, §§. 370 f.; Obl. R. §. 49. Sin-

6. Zeit der Leistung.[55]

a) Die rechte Zeit.

§. 70. Die Erfüllung zur rechten Zeit ist für Handelsgeschäfte
326 häufig von der entscheidendsten Wichtigkeit. Hat der nach den Um-
394 ständen und dem Handelsgebrauche zu erläuternde Wille der Kon-
569 trahenten keine Zeit bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich
gefordert und geleistet werden. Aus den Umständen erklärt sich
zum Beispiel, daß die Erfüllung aus lästigen Verträgen nur gegen
Gewährung der Gegenleistung gefordert werden kann.

Ist ein Zeitpunkt für die Erfüllung festgesetzt, und sollte sie
330 innerhalb der dadurch gegebenen Frist erfolgen, so darf sie jeder
Zeit vor deren Ablaufe geleistet, aber erst am letzten Tage der-
selben gefordert werden. Ist dieser ein Sonntag oder ein am Orte
der Erfüllung allgemeiner Festtag, so endigt, weil an solchen Tagen
nach staatlicher Anordnung alle bürgerlichen Geschäfte ruhen, der
Zeitraum bereits am nächstvorhergehenden Werkeltage. Ist
jedoch ein Zeitraum angegeben, um dessen Ende als den Zeitpunkt
der Erfüllung zu bezeichnen, oder ein bestimmter Verfalltag aus-
gemacht, so muß die Frage, ob derselbe nur zu Gunsten eines Kon-
334 trahenten beigefügt ist, nach der Natur des Geschäfts und der Ab-
sicht der Kontrahenten entschieden werden; eine Pflicht zur Leistung
329 aber besteht nicht vor jenem Zeitpunkt und deshalb, sofern dieser

---

tenis §. 86, n. 25; §. 92) im Preußischen (A. L. R. §§. 248 ff., Tit. 5; 769 ff., Tit. 11; 27, Tit. 16, Th. I. Koch, R. d. Ford.) und im Oesterreichischen (G. B. §§. 902. 905) zur Geltung gelangt. Vergl. Motive S. 125. Die angeführten Rechtssysteme gehen sehr auseinander. Gerade deshalb wurden durchgreifende Bestimmungen getroffen (Prot. S. 584). Vergl. Leo im N. Arch. 2, S. 63 ff., woselbst auch die Beweislast bei Geldbriefen, deren Inhalt angeblich der Deklaration nicht entspricht, erörtert ist. Durch die Deklaration wird, auch wenn die Post dafür haftet (s. unten beim Frachtgeschäft), dem Empfänger gegenüber die wirkliche Aufgabe des deklarirten Betrages nicht erwiesen, durch den Auslieferungsschein aber gegen den Empfänger, daß er den Brief ohne äußerlich erkennbare Verletzungen erhalten habe, und dadurch allerdings eine durch Gegenbeweis von ihm zu entkräftende Vermuthung begründet, daß er den aufgegebenen Betrag erhalten habe.

[55]) Sintenis §§. 91. 75. Koch, R. d. Ford. §§. 31 ff. 154. Bornemann, Syst. §. 151, Gruchot in s. Beitr. I, S. 512 ff. Heydemann, Einl. S. 230. Preuß. A. L. R. §§. 230 ff., Tit. 5. C. c. art. 1185 ff. Oesterr. G. B. §§. 902. 904. Motive S. 126 f. Prot. S. 587. 589.

auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, erst am nächstfolgenden Werkeltage.

Die Zeitberechnung[56] ist, soweit die Gesetze sie vorschreiben, in Betreff der Liquidationstermine bei Börsengeschäften durch die 331
Börsenordnungen abänderlich.

Ein Zeitraum beginnt, wenn nicht ein anderer Anfang ausgemacht ist, am ersten Tage nach dem Vertragsabschlusse und bei einer Fristverlängerung am ersten Tage nach dem Ablaufe der alten Frist.

Ist der Tag, an welchem der Zeitraum endigt, benannt, so muß an diesem während der am Orte der Erfüllung gewöhnlichen 332
Geschäftsstunden[57] geleistet und genommen werden.

Mitte eines Monats ist der fünfzehnte Tag desselben. 327

Ist der Tag nicht genannt, aber an irgend ein Ereigniß geknüpft, welches in der Zukunft gewiß eintritt, so wird der Verfalltag durch die Thatsache des Eintritts, und wenn diese an verschiedenen Orten verschiedener Beurtheilung unterliegt, nach dem Ge- 327
brauche des Erfüllungsortes bestimmt. Daß die Schifffahrt wieder eröffnet, daß wieder Herbst und Frühling werde, ist sicher, doch ebenso sicher, daß dies in Memel und in Konstanz zu verschiedener Zeit geschieht.

Ist ungewiß, ob das Ereigniß überhaupt eintreten werde, so ist die Verpflichtung selbst bedingt, und gelangt erst zur Entstehung, wenn das Ereigniß eintritt.

Ist das Ende des Zeitraumes nicht bezeichnet, sondern das 328
Maß zu dessen Berechnung angegeben, so fällt dasselbe,

1. wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, auf den letzten Tag der Frist, also wenn sie acht Tage betragen sollte, auf den achten, wenn sie vierzehn Tage betragen sollte, auf den vierzehnten Tag nach dem Tage, an welchem die Frist begonnen hat;

---

[56]) Besondere Bestimmungen über Berechnung der Lade- und Ueberliegezeit (Art. 574) im Seerecht. Vergl. den Aufsatz von Voigt im N. Arch. II, S. 211 ff., betreffend die Ueberliegegelder. Die Berechnung der Zeit bei Seeversicherung (Art. 834) fällt unter einen anderen Gesichtspunkt.

[57]) In Art. 92 der A. D. W. O., obwohl beantragt, nicht aufgenommen (Leipziger Prot. Nr. 23); vergleiche aber Pr. Einf. G. zur W. O. §. 4 u. Oesterr. Verordn. v. 30. Juli 1853.

2. wenn die Frist nach Wochen, Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, viertel Jahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so fällt die Erfüllung auf den letzten Tag dieses Monats.

Der Ausdruck „halber Monat" wird einem Zeitraume von fünfzehn Tagen gleich geachtet. Ist die Frist zur Erfüllung auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen.[58]

b) Verzug.

§. 71. So einfach sich die Frage zu beantworten scheint, wann eine Verzögerung der Erfüllung vorhanden sei, so ist dieselbe doch wegen einer in den Römischen Gesetzen liegenden Unterscheidung zwischen den Zeitpunkten der Fälligkeit und des Verzuges eine der allerschwierigsten, demnach auch in den neueren Rechtssystemen nicht gleichmäßig entschieden worden. Bei Berathung des Handelsgesetzbuches suchte man, um eine Einigung herbeizuführen, die Frage zu umgehen,[59] doch lassen sich die Vorschriften des Gesetzes unter folgende gemeinsame Gesichtspunkte zusammenfassen.

278 Die leitende Regel, daß der Wille der Kontrahenten den Vertrag bestimmt, ist zum besonderen Ausdruck in dem Satze gelangt, daß, wenn sie einen Verfalltag bezeichnet haben, nach ihrer
334 Absicht beurtheilt werden müsse, ob derselbe zu Gunsten eines Theiles
342 allein hinzugefügt sei. Die Absicht kann im Zweifel aus der Natur des Geschäfts geschlossen werden.

332 Ist der Tag für beide Theile gleichmäßig bestimmt, so ist
310 derjenige im Verzuge, der ihn versäumte; eine Mahnung oder Er-
220 innerung wird nicht erfordert.[60]
398

[58]) Motive S. 127. D. W. O. Art. 32.

[59]) Prot. S. 1315 f. 4604.

[60]) Quum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet (cap. 4. X. de loc. et cond. [3, 18]) et ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat (l. 12 cod. Just. de contr.

Hat die Beifügung des Verfalltages aber nur den Zweck, den Anfang der Verpflichtung eines der Kontrahenten zu bestimmen, so darf demselben eine über diesen Zweck hinausgehende Wirkung nicht beigelegt werden. Bedeutet also solcher Tag nur, der Gläubiger brauche nicht früher anzunehmen, oder der Schuldner nicht früher zu leisten, so ist damit weder eine Berechtigung, früher zu fordern oder zu leisten, abgeschnitten, noch ein Zeitpunkt festgesetzt, an welchem die gegenüberstehende Pflicht zur Leistung oder zur Annahme eintrete. Für diese Beziehungen gilt die beim Mangel eines Verfalltages anzuwendende Regel;[61] doch läßt sich solche beschränkte, der natürlichen Rechtsgleichheit der Kontrahenten widersprechende Bedeutung des von denselben einmal bestimmten Zeitpunktes nicht vermuthen. Die Beschränkung muß im einzelnen Falle bewiesen werden, auch deren nicht überall gleichmäßiger Umfang. Wennschon zum Beispiel der Schuldner, der an seinem Wohnorte zu erfüllen hat, den Gläubiger erwarten darf, und erst durch dessen Meldung in Verzug gesetzt wird, so entscheidet doch diese der Natur des Geschäfts entnommene Folgerung nicht zugleich, ob der Schuldner, welcher in seinem Wohnorte den Gläubiger antrifft, nicht früher als an dem bezeichneten Tage leisten, und ebensowenig, ob der Gläubiger nicht später fordern dürfe.

Sobald die Verbindlichkeit auf Seiten des Gläubigers oder Schuldners fällig wurde, ist dieser berechtigt, die Fälligkeit auf der anderen Seite durch Mahnung oder Angebot herbeizuführen.

Wo der Vertrag den Zeitpunkt der Erfüllung gar nicht bestimmt hat, überläßt er dem Willen jedes Theiles, die Fälligkeit 326
sich anzueignen und für den Gegentheil herbeizuführen. Weil dies in jedem Augenblicke nach Entstehung des Vertrages geschehen kann, spricht man in diesem Falle von einer sofortigen Fälligkeit.

---

stip. [8, 38]). Die Geschichte der gemeinrechtlichen Streitfrage, ob *dies interpellat pro homine* stellt v. Schröter, Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 4, S. 100 ff. ausführlich dar. Mit ihm verneinen von Neueren: v. Savigny, Puchta, Sintenis, Syst. §. 93, Anmerk. 71; es bejahen Thibaut, Mühlenbruch, v. Vangerow, Pandekten III, §. 588, v. Holzschuher, Theorie III, S. 224. 228. Mommsen, Beiträge zum Obl. R. III verneint für das Römische, bejaht für das heutige Recht. §. 10 ff.

[61]) Für die Klagenverjährung ist auch der einseitige Verfalltag entscheidend, denn vorher brauchte der Gläubiger nicht zu klagen, oder konnte es nicht.

Im Verzuge ist, wer den ihm vorgeschriebenen Verfalltag versäumte, oder in Ermangelung eines solchen der berechtigten Mahnung des anderen Kontrahenten nicht entsprach.

Die Bestimmungen des Gesetzbuches, welche vom Verzuge reden, stehen hiermit nicht im Widerspruche, sie enthalten nur Vorschriften über die Folgen desselben, welche, bei den einzelnen Geschäften verschieden, auch bei diesen behandelt werden müssen. Eine Gesetzesstelle aber ist zu besprechen:

Wer aus einem Geschäfte, welches auf seiner Seite ein
288 Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, kann wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern, sofern er nicht nach bürgerlichem Rechte schon von einem früheren Zeitpunkt an Zinsen zu fordern berechtigt ist. Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung.

Man darf nicht annehmen, das Gesetzbuch habe seine Unterscheidung von einseitiger und beiderseitiger Fälligkeit festhalten wollen, die Forderung sei also als fällig nur für den Mahnenden gedacht. Eine solche Absicht wäre dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht gemäß, ist in dem Gesetze nicht angezeigt, und hat auch, soviel aus dem hier etwas knappen Protokolle[62] zu ersehen ist, bei der Berathung nicht obgewaltet. Der Zinsenlauf beginnt also bei allen betagten und unbetagten Forderungen erst mit der Mahnung. Doch entspricht es dem Wortlaute, wie der Absicht der Konferenzmitglieder, unter der fälligen Forderung diejenige mit zu verstehen, welche bisher auf Seiten des Mahnenden allein fällig ist, für den Schuldner aber erst durch die Mahnung fällig wird; so daß der Zinsenlauf sogleich mit dieser Mahnung, nicht erst nach einer zweiten seinen Anfang nimmt.

Wie unbestreitbar aber die Thatsache ist, daß der Zinsenlauf hier ohne Unterschied von der Mahnung abhängt, so kann daraus doch nicht geschlossen werden, das Gesetz verlange zur Begründung des Verzuges unter allen Umständen, also namentlich auch bei betagten Forderungen, eine Mahnung, ebensowenig, wie das Gegen-

[62]) Im Protokolle der 157. Sitzung, welches am Schlusse der 162. ohne Erinnerung genehmigt wurde, ist S. 1315 hinter dem Worte „beantragt“ (auf Zeile 7 von unten) weggeblieben, was beantragt wurde.

theil aus der nächstfolgenden Gesetzesstelle zu entnehmen ist, welche Kaufleute unter einander für berechtigt erklärt, in beiderseitigen
Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder 289
Forderung seit dem Tage ihrer Fälligkeit Zinsen zu fordern. Bei der Berathung verwahrte man sich ausdrücklich davor, daß die Streitfrage hier gelegentlich entschieden werden sollte, und änderte deshalb die Fassung des Entwurfes, welche Anlaß zu solcher Deutung gegeben hatte. Es kam allein darauf an, für die *kaufmännischen Zinsen* unter den auseinandergehenden Rechtssystemen eine annähernde Einigung herbeizuführen. Ob es richtiger gewesen wäre, den anderwärts zugegebenen Satz, daß der Zeitablauf den Verzug begründe, hier ohne Rückhalt anzuerkennen, ist eine müßige Frage, doch ent-
spricht die Vorschrift, daß die Verzugszinsen nicht sogleich mit der 288
Fälligkeit beginnen, dem auch an anderer Stelle bekundeten Ge- 334
danken, daß der Gläubiger nicht stets im Stande sei, das Empfangene sogleich nutzbar anzulegen.[63] Hier darf er den Zeitpunkt, von welchem ab er die Nutzung entbehrt, durch die Mahnung selbst bezeichnen.

Die *Wirkungen* des Verzuges sind im Allgemeinen nur dahin anzugeben, daß soweit derselbe eine widerrechtliche Verletzung des Vertrages enthält, er den Säumigen zu einer Schadloshaltung des anderen Kontrahenten verpflichtet, im Uebrigen aber, abgesehen von den bereits erwähnten Zinsen, theils bei den Sicherungsmitteln der Erfüllung, theils bei den besonderen Geschäften darzustellen.

Fristertheilung.[64]

§. 72. Nirgends haben sich willkürliche Eingriffe in das natürliche Selbstbestimmungsrecht der geschäftstreibenden Personen weiter ausgedehnt, als bei Verlängerung bedungener Erfüllungszeiten. Von selbst ergiebt sich freilich der Aufschub, wo ein Unvermögen zur rechtzeitigen Leistung vorliegt. Dieses erweist sich am zuverlässigsten bei Abtretung der Güter und dem in deren Folge eröffneten Zusammentritte der Gläubiger. Fast überall ist jedem Schuldner gestattet,[65] durch freiwillige Beantragung eines solchen

---

63) Motive S. 129.

64) *Sintenis* §. 91. v. *Holzschuher* III, S. 193 ff. *Koch*, R. d. Ford. §. 38 ff. *Gad*, zur Bestimmung der Grenzen.

65) Im gemeinen Rechte *Heffter*, Syst. des Röm. und Deutsch. Civ. Pr.

Verfahrens sich Exekutionsmaßregeln zu entziehen, welche nutzlos wären, oder doch die gleichzeitig bestehenden Rechte anderer Gläubiger gefährden müßten, fast überall in Deutschland aber auch, dasselbe durch einen Stundungsantrag entweder abzuwenden oder in seinem Verlaufe abzuschneiden.

Zwar hat der Schuldner nur bei gewissenhafter Offenlegung seines Vermögensstandes auf dauernden Erfolg zu rechnen, also Anlaß, für die erbetene Frist eine wenigstens annähernd den Verhältnissen entsprechende Grundlage aufzudecken, welche zugleich deren Nothwendigkeit herausstellt, so daß im Allgemeinen angenommen werden darf, der Stundungsvergleich enthalte ein Anerkenntniß thatsächlicher Unzulänglichkeit der Zahlungsmittel; doch sind hiebei die Rechte des einzelnen Gläubigers in den überwiegend meisten Ländern dadurch geschmälert, daß derselbe den Anschauungen der Mehrzahl über die zeitige Zahlungsunfähigkeit und Redlichkeit des Schuldners unterworfen ist. Wo die Moratorien, über die ihnen selbst von den Römischen Despoten angewiesenen Grenzen weit hinausgetrieben, von den Landesherren ohne Rücksicht auf die Gläubiger zu Gnadenbezeigungen gemißbraucht wurden, schnitt die Verletzung tief in deren Vermögensrechte, nachdem aber solchen Eingriffen durch Erfindung der Erlaßverträge begegnet[66] und durch die meisten Landesgesetze ein Ziel gesteckt ist,[67] bewegen sich bei richtiger Handhabung die Stundungsvergleiche wieder in einem allen Betheiligten gleich zuträglichen Maße.

Auch dem einzelnen Gläubiger gegenüber ist fast überall gestattet,

---

§. 537, Martin, Lehrbuch §. 323; in Oesterreich Konk. Ord. §. 2; in Hannover Pr. O. §. 607; Braunschweig §. 307; Baden §. 778; Bayern Organ. Ges. v. 1. Juli 1856 Art. 16. In Preußen können nur Kaufleute ihren Konkurs selbst beantragen (K. O. v. 8. Mai 1855 §§. 321. 113. Einf. Ges. zum H. G. B. Art. 31). Der Code kennt einen Konkurs nur bei Kaufleuten, und gestattet den Gläubigern eines en déconfiture gefallenen Nichtkaufmannes nur, dem etwa anhängigen Exekutionsverfahren beizutreten. Vergl. Koch (Neiße) Preuß. Konk. Ord. zur Ueberschrift.

[66]) Oben §. 68.

[67]) Aufgehoben sind die landesherrlichen Moratorien in Preußen Edikt v. 19. Dezember 1701, Oesterreich A. G. O. v. 1. Mai 1781 §. 353, Königr. Sachsen, Baden, Braunschweig u. s. w. Für Bayern vergl. Ges. vom 25. Juli 1850.

ein zeitiges Unvermögen feststellen zu lassen, um denselben Behufs Abwehr von Exekutionsmaßregeln zur Stundung der ganzen Summe oder doch eines Theiles zu nöthigen.[68] Ein Eingriff in die Rechte des Gläubigers pflegt hier durch den gesetzlichen oder hergebrachten oder vom Richter freigewählten Maßstab geübt zu werden, wonach bestimmt wird, wieviel dem Schuldner von seinem Gesammtvermögen verbleiben muß, bevor die Fähigkeit zur Leistung an den Gläubiger beginnt. Die Mannigfaltigkeit, in welcher Gesetzgebungen und Gerichtsgebräuche bei Aufstellung dieses Maßstabes auseinandergehen, ist groß.

Hier tritt doch wenigstens eine, wennschon häufig nur oberflächliche Schätzung des Vermögens ein; die meisten Gesetzgebungen gehen aber soweit, ein Unvermögen ohne allen Nachweis zu vermuthen und den Richter zu verpflichten, in seinem Urtheile eine mehr oder minder seinem Ermessen anheimgestellte Frist, binnen welcher die Leistung geschehen müsse, zu bestimmen.[69] Diese Frist wurde aus den Römischen XII Tafeln, wo sie fast in buchstäblicher Bedeutung eine Galgenfrist war, nach Wegfall ihrer Voraussetzungen, grundlos fortgeführt.

Das Handelsrecht ist gegen Eingriffe in das Gesetz des Vertrages besonders empfindlich. Hier ist man bestrebt, — abgesehen von den allgemeinen Stundungsvergleichen, denen eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen ist, — willkürliche Befristungen wegzuschaffen.[70] Hier ist die unbeschränkte Feststellung der vertrags-

[68]) Für das gemeine Recht Sintenis, v. Holzschuher, Koch und Gad a. a. O.; für das Preußische die beiden letzteren und insbesondere Konk. Ord. §§. 421 ff. 434 ff., Pr. O. §§. 71. 95. 96, Tit. 24, A. L. R. §. 48, Tit. 6, Th. II, Verord. I v. 4. März 1834 §. 14, Kab. O. v. 13. Dezbr. 1836, 13. Oktb. 1843; für das Oesterreichische A. G. O. §§. 353. 313. 340. 362 ff. und die zu §. 283 in der bei Manz in Wien 1862 erschienenen Ausgabe angeführten Gesetze. G. B. §. 1415; für das Rheinische Recht C. c. art. 1244. C. d. p. art. 122. 580 ff. 592 f.

[69]) In Oesterreich 14 Tage (A. G. O. §. 300); in Bayern je nach dem Werthe des Streitgegenstandes 14 Tage bis 8 Wochen (Ges. v. 22. Juli 1819 §. 30); im Königr. Sachsen 8 Tage, doch mit Spielraum für den Richter (Ges. vom 30. Dezbr. 1861 §. 24 und 28. Februar 1838 §§. 10. 13) u. s. w. In Preußen (vergl. Gad a. a. O. Kap. 9, §. 2) keine solche Frist, ebenso wenig in Braunschweig (Pr. O. §. 197).

[70]) Z. B. in Deutschland: A. D. W. O. Art. 33; in Preußen: Tit. 30 P. O.

mäßigen Rechte in den Urtheilen schon jetzt geboten, weil das Gesetz den Richter auf den Willen der Kontrahenten ausdrücklich hinweist.

7. Wirkung der Leistung.

§. 73. Die Forderung wird getilgt, soweit die Leistung deckt. Ist diese unzureichend, so entsteht bei vertretbaren Gegenständen die Frage, auf welchen Theil des gesammten Soll die Deckung zu beziehen sei.[71] Wo das Soll nur eine einzige Post umfaßt, wird nach allen Rechtssystemen die Zahlung zunächst auf deren Kosten und Zinsen angerechnet. Weniger einfach ist die Entscheidung, wenn das Konto des Schuldners aus mehreren Posten besteht.

Die Anschauung, daß auch die Erfüllung der Verträge ein Rechtsgeschäft sei, führt dahin, in erster Linie die Willensübereinstimmung der Parteien für maßgebend zu erachten. In welcher Weise dieselbe erkennbar wurde, ist auch hier gleichgültig, wenn dies nur überhaupt geschah. Deshalb kann, sofern der eine Theil mit Wissen des Anderen auf eine bestimmte Post abrechnete, bei der Freiheit des Anderen, eine abweichende Rechnung vorzuschlagen, aus dessen Stillschweigen die Einwilligung entnommen werden.

Im gemeinen Rechte[72] und im Code ist, — abweichend von dem Preußischen Landrecht und Oesterreichischen Gesetzbuche, — dem Gläubiger das Recht entzogen, seinen Gegenvorschlag bis zu einem Widerspruche zu steigern. Hier läßt sich zwar die Wirkung einer etwa geschlossenen Uebereinkunft nicht beseitigen, weil in dem Augenblicke des Zusammentreffens von Forderung und Deckung beide sich in Nichts auflösen, doch bedarf es hier eben keiner Einigung, sondern der Zahlende legt die Deckung, auf welche Post er will.

Verordn. v. 21. Juli 1846 §. 27. Ges. v. 3. April 1847. Entwurf zum H. G. B. Art. 1002. 1021 und Motive S. 563. Württemb. Entw. Art. 968. C. d. c. art. 135. 157. 187. C. d. p. art. 414 ff. 439. Jaubert, rapport in der Sitzung vom 13. pluviose 12 zu art. 1244 C. c. Bei dem Handelsgericht in Leipzig findet, abweichend von dem sonst wenig schleunigen Verfahren in Sachsen (Exek. Ges. v. 28. Februar 1838), sofort nach dem Spruche Personalexekution statt (vergl. Ges. v. 21. September 1833 §. 8).

[71]) Puchta, Pand. §. 287. v. Holzschuher III, S. 168. Sintenis §. 103. Koch, R. d. Ford. §. 155. Pr. A. L. R. §§. 149 ff., Tit. 16. Löwenberg, Motive I, S. 285. C. c. art. 1253 ff. Oesterr. G. B. §§. 1415. 16.

[72]) l. 1. 101, §. 1 Dig. de solut. (46, 3), l. 1 cod. de solut. (8, 43).

Wo keine genügende Willenserklärung nachweist, welche der mehreren Forderungen getilgt ist, wird sie aus gesetzlichen Bestimmungen ergänzt. Diese kommen überein, daß auch hier zunächst auf Kosten und Zinsen, und bei Gleichartigkeit der Forderungen, — wo von den Unterschieden, welche das Gesetz bezeichnet, keiner obwaltet —, auf alle nach Verhältniß ihrer Höhe abgerechnet werde, aber nicht minder — wennschon dies nicht überall in gleicher Weise ausgedrückt ist — darin, daß die bereits eingeforderte Post und sodann die fällige vorgeht, da der Wille der Parteien eine Abweichung von dem natürlichen Laufe der Dinge hätte erklären müssen. Es ergeben sich somit nur folgende Verschiedenheiten:

1. Die Annahme des gemeinen, Rheinischen und Oesterreichischen Rechts, daß von mehreren fälligen Forderungen die lästigste zuerst getilgt sei, entspricht der Anschauung, welche in den ersten beiden Rechtssystemen Geltung erlangte, daß der Wille des Schuldners den Gläubiger binde, und kommt in Preußen erst in Betracht, nachdem zuvor die Forderung gedeckt ist, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit gewährt.[73]

2. Eine im gemeinen Rechte anerkannte Bestimmung, wonach unter mehreren gleichartigen, fälligen Forderungen die älteste als zuerst getilgt gilt, ist unverändert dem Code, gar nicht dem Oesterreichischen Gesetzbuche, und dem Preußischen Landrechte in dem Sinne einverleibt, in welchem auch das gemeine Recht bisweilen gedeutet wird, daß die früher verfallene Forderung den Vorzug habe. In diesem Sinne bedurfte der Satz eines Ausdruckes im Gesetze nur, wo man demselben, wie im Preußischen Landrechte, eine falsche Stelle unter den einzelnen gesetzlichen Vermuthungen anweisen wollte. Sehr richtig sagte das Römische Recht, daß, wo die Parteien die Erfüllungszeiten für mehrere zwischen ihnen bestehende Verbindlichkeiten selbst festgesetzt, es dabei verbleiben müsse, auch wenn die früher fällige dem Schuldner weniger lästig sei.[74]

[73]) Diese Vorschrift ist in Preußen nicht folgewidrig; sie braucht also nicht aus einem Mißverständniß der l. 73 Dig. de solut. hervorgegangen zu sein.

[74]) l. 89 §. 2 Dig. de solut. (46, 3). Den dort vorgetragenen Fall entscheidet das Preuß. Landrecht in den §§. 157. 158, I, 16 umgekehrt, wie der Römische Jurist, der, nach seinem Berichte, die Praxis für sich hatte. Das Landrecht vermuthet an anderen Stellen selbst ohne Einschränkung, daß man auf die früher verfallene Schuld zuerst abgerechnet habe: §§. 133 ff. 147, Tit. 16; §. 842, Tit. 11, Th. I.

Diese Entscheidung ist überall, auch gegen das Preußische Landrecht, im Gebiete des Handelsgesetzbuches festzuhalten, weil hier der Richter mit besonderem Nachdruck auf den Willen der Kontrahenten ge-
278 wiesen ist, und dieser über die künftige Anrechnung der Leistung sich im Voraus geeinigt hat.

8. Empfangsbescheinigung.[75]

§. 74. Die Leistung mußte bisher ausschließlich als Erfüllung von Verbindlichkeiten betrachtet werden. In dieser Eigenschaft erscheint sie stets, aber auch immer gleichzeitig als Begründung anderer Verbindlichkeiten. Ob die tilgende, ob die erzeugende Kraft stärker hervortritt, ist nach der Natur des Geschäfts verschieden. In jedem Falle verpflichtet sie den Empfänger zu einer schriftlichen Anerkennung des Empfanges, welche den Leistenden sichert, und *Schuldschein* genannt wird, wenn die Absicht vorwog, dem Empfänger noch andere Verbindlichkeiten aufzuerlegen, *Quittung*, wenn die Hauptabsicht dahin ging, eine Forderung des Empfängers zu lösen. Die Sicherung des Leistenden durch solche Empfangsbekenntnisse bemißt sich nach deren Beweiskraft. Diese ist, dem Bedürfnisse des Handelsverkehrs entsprechend, einem Zustande trostlosen Schwankens im gemeinen Rechte und einer überflüssigen Kasuistik im Preußischen Rechte durch den einfachen Satz enthoben:

295 *die Beweiskraft ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.*

Nicht allein von der *Beweisfähigkeit* ist die Rede. Die *Beweiskraft* erprobt sich hauptsächlich erst im Streite mit Gegenbeweisen. Wären diese in irgend einer Art von einem Zeitablaufe abhängig gemacht, so wäre es in umgekehrtem Verhältnisse auch der Beweis. Daher sind im Gebiete des Handelsrechts nunmehr

---

[75]) *Sintenis* §§. 96. 103. v. *Holzschuher* III, S. 172 ff. *Puchta*, Pand. §§. 287. 305. *Koch*, R. d. Ford. II, §. 156; III, §. 255. *Linde*, Ztschr. f. Zivilr. u. Pr. Bd. 1, S. 241 ff. *Gneist*, die formellen Verträge u. s. w. (Berlin 1845) S. 7 ff. *Bähr*, die Anerkennung als Verpflichtungsgr. (Kassel 1855) S. 292 ff. Pr. A. L. R. §§. 730 ff. 843, Tit. 11; §§. 86 ff., Tit. 16; §§. 150—152, Tit. 14, Th. I; §. 2114, Tit. 8, Th. II. C. c. art. 1315 ff. 1326. Oesterr. A. G. O. §§. 114 ff. G. B. §§. 1001. 1426 ff. Motive S. 113. Prot. S. 425. 1320. Neuerdings sucht *Rudloff* im Arch. f. ziv. Pr. 45, S. 170 ff. die von Busch daselbst 31, S. 1 ff. ausgeführten Gründe dafür, daß Quittung verlangt werden könne, zu widerlegen.

bezüglich jener Urkunden alle bisherigen Ausnahmen von den allgemeinen Beweisregeln außer Geltung gesetzt.[76] Nicht betroffen aber sind diejenigen Vorschriften, welche die Erfordernisse der Urkunden selbst, zumeist in längeren Registern, aufzählen. Deren größte Zahl erledigt sich durch die einfache Erwägung, daß die Urkunden, um vollständig zu sein, den ganzen rechtlichen Vorgang, welchen sie bescheinigen sollen, enthalten müssen, weil sie nur beweisen können, was darin steht. Wenn also in einem Schuldbekenntnisse zum Beispiel der Rechtsgrund, aus welchem die Verpflichtung herrührt, nicht angegeben ist, so muß derselbe im Streite auf andere Art erwiesen werden.[77] Eine Ungültigkeit des ganzen Scheines folgt daraus um so weniger, als das Handelsgesetzbuch sogar bloße Summenver-
sprechen unter Kaufleuten für klagbar erachtet, ohne den Nachweis 301
oder auch nur die Angabe des Geschäfts zu fordern, welches dadurch ausgeführt oder eingeleitet werden sollte.

Mit einem unvollständigen Scheine braucht sich der Leistende nicht zu begnügen.

Oft wird die Auslegung den Inhalt eines solchen Scheines und damit die von ihm bewiesenen Thatsachen zu bestimmen haben, — wie bei einer Generalquittung im kaufmännischen Verkehre, daß alle auch nicht fällige und selbst die dem Quittirenden noch unbekannten Posten verstanden sind, während solche bei anderen Generalquittungen für ausgeschlossen gelten —; oft wird die dadurch nachgewiesene Leistung eine Vermuthung für gewisse in Verbindung stehende Leistungen begründen. In dieser Hinsicht ist in Preußen und Oesterreich verordnet, daß, wenn über das bezahlte Kapital quittirt ist, auch die bedungenen Zinsen als berichtigt gelten, und ferner im Anschlusse an das gemeine Recht,[78] daß wenn von einer

---

76) Der Satz des jetzt erschienenen Einf. Ges. für Schwarzburg-Sondershausen vom 30. Mai 1862 §. 23, wonach durch Art. 295 die Bestimmungen über den wider einen Schuldschein oder eine Quittung zu erbringenden Gegenbeweis nicht berührt werden, enthält also eine unrichtige Auslegung des Gesetzes, deren praktische Geltung für Sondershausen sich freilich ebensowenig bestreiten, wie sich ihr praktischer Nutzen erkennen läßt.

77) Einen anderen Sinn hat auch nicht der Oesterr. Just.-Min.-Erlaß vom 7. November 1855. Vergl. l. 25 §. 4 Dig. de probat. 22, 3 und cap. 14 X. de fide instr. 2, 22.

78) Die herrschende Ansicht der Gemeinrechtslehrer über die ausdehnende Er-

in gewissen Terminen fälligen Forderung die letzten getilgt sind, dies auch von den älteren anzunehmen sei. Verschieden sind die Vorschriften über die Zahl der späteren Leistungen, aus welchen auf die frühere geschlossen werden darf. Das gemeine Recht verlangt drei, das Preußische Recht gewöhnlich zwei, und nur ausnahmsweise erklärt es bei Darlehnszinsen, wie das Oesterreichische Recht durchgehend, eine spätere Leistung für genügend.

Die Vermuthung knüpft sich begriffsmäßig an die Berichtigung der späteren Termine, nicht an die Quittung, und muß deshalb gleichmäßig überall eintreten, wo nur jene Berichtigung — freilich nicht eine bloße Absicht des Schuldners, auf die späteren Termine zu leisten — dargethan wird. Die Quittung ist als vornehmliches Beweismittel zu betrachten.

In Handelssachen darf auch die fernere für Preußen und Oesterreich wesentlich übereinstimmend geltende Vermuthung einer bereitwilligen Aufnahme entgegensehen, daß bei einem Kontokurrentverhältniß oder laufenden Geschäftsverkehr mit Kunden, bei welchen in
291 regelmäßigen Fristen — meistens alljährlich — abgeschlossen wird, über einen späteren Abschluß ohne Berichtigung des früheren nicht quittirt sein werde. Bei ordentlicher Buchführung wird diese Vermuthung zur Gewißheit, denn jeder neue Abschluß umfaßt den aus dem vorhergegangenen Abschlusse etwa ungedeckt gebliebenen Saldo.
294 Nur durch einen Irrthum in der Rechnung, welcher von dem Aussteller der Quittung nachzuweisen wäre, könnte dies unterblieben sein.

Bei allen solchen gesetzlichen Vermuthungen bleibt für den Handelsrichter, soweit er sich die freie Prüfung aller Beweise gestattet sieht,[79] nur der darin liegende vernünftige Gedanke zwingend, nicht die Bestimmung selbst.

---

klärung der l. 3 cod. de apochis publ. 10. 22 hat zu den Bestimmungen der Deutschen Gesetzbücher geführt. Es scheint weder der anzustrebenden Rechtseinheit noch einer dem alten Justinianischen Rechte zu gönnenden Fortbildung zu entsprechen, wenn jetzt wieder der Versuch gemacht wird, diese ausdehnende Erklärung außer Kraft zu setzen, obwohl sie bereits eine vielbezeugte allgemeine Praxis für sich hatte.

[79]) Der dritte Deutsche Juristentag beschäftigte sich mit der neuerdings vielbesprochenen Gesetzgebungsfrage über die Beweiswürdigung im Zivilprozesse, behielt eine Beschlußfassung jedoch dem nächsten Juristentage vor. Für den Handelsprozeß ist die Frage entschieden. Das Handelsgesetzbuch ist auf eine Befreiung der richterlichen Ueberzeugung berechnet (vergl. Motive des Frankfurter Entw. S. 42

Fraglich ist es, ob der Handelsrichter, auch ohne ausdrückliche Befreiung,[80] bei Prüfung des Beweises aus den genannten Urkunden noch an die landesgesetzlichen Vorschriften gebunden ist, welche deren Form betreffen?

Soweit diese Frage das Rheinische und Oesterreichische Recht in der Bestimmung trifft, daß die Unterschrift des Ausstellers allein für die Beweiskraft nicht genügt, ist sie bereits von der Französischen Praxis[81] mit einigem Anhalt an ihr Handelsgesetzbuch verneint, und wird sie im Gebiete des Deutschen Handelsgesetzbuches gleichfalls zu verneinen sein: Dem Handelsrichter ist in allen Fällen 278
die Aufgabe gesetzt, den Willen der Kontrahenten zu erforschen, 317
ohne Rücksicht auf die Form, in welcher derselbe sich äußert. Hiefür gewährt eine schriftliche Urkunde, deren Echtheit feststeht, immer eine lediglich nach ihrem Inhalte zu bemessende Hülfe.

In gleicher Weise wird die Frage in Betreff anderer formeller Beschränkungen zu verneinen sein. Nicht aufzuwerfen aber ist sie bezüglich der Vorschriften des Oesterreichischen und Preußischen Rechts über Beglaubigung von Urkunden derjenigen Personen, die nicht schreiben können, denn hier rührt die Urkunde nicht von dem angeblichen Aussteller her, auch wenn er dieselbe unterkreuzt hat, und ob mit deren Inhalte seine Willenserklärung wirklich übereinstimmte,

---

und des Preuß. S. 556), und ohne eine solche unausführbar. Dringend zu wünschen ist aber eine Regelung, wo sie noch fehlt. Einstweilen wird sich der Richter zwar bei vielen wichtigen Punkten in völliger Freiheit, welche über die bloße Beurtheilung der Beweise weit hinausgeht, bewegen (Art. 27. 34. 57. 62. 77. 101. 125. 133. 134. 160. 162. 170. 195. 253. 254. 262. 394. 488. 523. 524. 549. 551. 573. 585. 591. 595. 633), bei anderen aber, je nach seiner Auffassung, sich entweder durch die bestehenden landesgesetzlichen Beweisregeln beengt oder zu einer Selbsthülfe genöthigt sehen. Eine Probe, betreffend den Urkundenbeweis, sogleich im Texte.

[80]) Das Preuß. Einf. Ges. Art. 48 bestimmt, und sichtlich auf dessen Grundlage das Bayerische Art. 80, daß in Handelssachen der Beweis durch Zeugen in allen Fällen ohne Rücksicht auf die Art und den Betrag des Streitgegenstandes zugelassen werde. Das Preußische hebt die entgegengesetzten Bestimmungen des C. c. 1326. 1328 u. 1341 ausdrücklich auf, das Bayerische unzweifelhaft nur deshalb nicht, weil es dieselben bereits für aufgehoben erachtet.

[81]) Vergl. Motive zum Frankf. Entw. S. 42 und zum Preuß. Einf. Ges. Art. 48, für das Französische Recht auch Rogron zu art. 49 u. 109 C. d. C., sowie die Entsch. des Ob.-Appell.-Ger. zu Darmstadt v. 14. Mai 1855 im Neuen Arch. II, S. 192.

kann nur durch außerhalb derselben liegende Beweise festgestellt werden, wenn auch die etwa zu vernehmenden Zeugen auf dem Scheine verzeichnet sind. Diese können immer nur die Thatsache der Willenserklärung, nicht die Echtheit einer Urkunde bestätigen, welche begriffsmäßig als Urkunde nicht zu betrachten ist. Hier findet also ein Urkundenbeweis überhaupt nicht statt. —

Der Empfänger einer Leistung ist auch verpflichtet, den darüber lautenden Schuldschein zurückzugeben, eine Theilzahlung aber auf demselben abzuschreiben, und im Falle des Verlustes ein Amortisationsverfahren auf seine Kosten ergehen zu lassen. Diese überall
303 geltenden Sätze sind im Handelsgesetzbuche bei den dort besonders
305 erörterten Ordrepapieren anerkannt. Aus der Rückgabe des Scheines darf andererseits auf die Tilgung der verschriebenen Verbindlichkeit geschlossen werden.

9. Rückforderung der Leistung.

§. 75. Deckung soll durch die Leistung gegeben werden, aber im Handelsverkehre bei weitem nicht immer für eine bereits bestehende einzelne Schuld, wennschon zum Voraus fast ausschließlich beim Kontokurrentverhältniß gedeckt zu werden pflegt, dies aber gewöhnlich durch ein verpflichtendes Abkommen[82] begründet ist, bis zu einer gewissen Höhe zu kreditiren, und sich deshalb sagen läßt, die Leistung erscheine in solchem Falle als Erfüllung des Kreditversprechens. Die Krediteröffnung ist nicht immer gegenseitig, gewiß
29 aber ist ein regelmäßiger Rechnungsabschluß. Bei diesem wird der überschießende Betrag des Kredit, zur künftigen Deckung von der anderen Seite, als Saldo vorgetragen. Soweit derselbe die Höhe, bis zu welcher Kredit gegeben werden sollte, überschreitet, kann die Deckung sogleich erzwungen werden; der innerhalb dieser Höhe liegende Saldo, sobald das Kreditverhältniß sein vertragsmäßiges Ende erreicht.

An diesem Beispiel zeigt sich, wie einfach im Handelsrechte die Lehre von Rückforderung der Zahlungen sich gestaltet, welche im Zivilrecht unter dem Titel „von den Kondiktionen" mit vielen Unterscheidungen und Streitfragen weitläuftige Bände füllt.

---

[82]) Prot. 1317. Seuffert, Archiv 13, Nr. 113. Dagegen Goldschmidt, Gutachten S. 84.

Ist ein dauerndes Kreditverhältniß nicht beabsichtigt, so er-
scheint jedes ungedeckte Kredit sofort als eine Schuld des Em-
pfängers, welche beim Mangel einer Terminsbestimmung auch zu 326
jeder Zeit eingefordert werden darf. Die Beweisfrage hat, wo
Handelsbücher geführt sind, gar keine Schwierigkeiten.

Was aus der Einrichtung aller Handelsbücher sich von selbst
ergiebt, wurzelt im kaufmännischen Rechtsbewußtsein fest, und findet 1
in allen Fällen Anwendung, auch wenn die Eintragung unterblieben
ist, oder, weil ein Theil keine Bücher führte, nicht geschehen konnte.

Das Resultat ist: Jede Leistung begründet die Verpflichtung zur Deckung, soweit sie nicht selbst Deckung war. Den Beweis der Forderung hat, wie immer, der zu führen, der sie geltend macht. Der Kläger also muß beweisen, daß er ohne Deckung geleistet habe, der Verklagte, daß die Forderung dennoch nicht bestehe, weil Kläger die Absicht, auf Deckung zu verzichten — zu schenken —, kund gegeben, oder, weil die Deckung hinterher in irgend einer Weise erfolgt sei.

Ein dem Verkehr entzogener Gegenstand gewährt keine Deckung, ebensowenig eine durch Gesetz oder Sittlichkeit verbotene Handlung. Auch hier geben die Bücher richtigen Anhalt. Was des guten Rufes wegen nicht eingetragen ist, oder von einem ehrliebenden ordentlichen Kaufmanne nicht eingetragen sein würde, gilt nicht. Der Kläger kann also auf eine nicht eintragbare Leistung keine Klage, der Verklagte aber, wenn die Leistung für den Kläger erlaubt gewesen wäre, aus einer in seinen Büchern nicht eintragbaren Deckung keinen Einwand entnehmen. Wo Bücher nicht geführt sind, entscheidet doch derselbe Maßstab. Eine uneintragbare, weil dem Gewissen widerstrebende Leistung kann keine Klage, eine solche Deckung keinen Einwand begründen.

Auf einer besonderen Bestimmung beruht in Preußen das Recht des Fiskus, für eine rücksichtlich beider Theile uneintragbare Leistung von deren Empfänger eine Deckung beizutreiben.

B. Verabredung.

1. Bei der Eingehung.

§. 76. Verträge in Handelssachen können von Anfang an in ihrer Dauer beschränkt sein, und müssen es sein, soweit sie nicht

auf einzelne bestimmte Leistungen, sondern auf persönliche Verhältnisse berechnet sind, welche im gegenseitigen Vertrauen ihre Grundlage fanden, und beim Erkalten desselben zu drückenden Fesseln werden würden. Aus dieser Rücksicht kommt das Gesetz den Kontrahenten, wo dieselben eine Zeitbeschränkung nicht aussprachen, mit der Vorschrift einer allen Betheiligten freistehenden Kündigung zu Hülfe, oder gestattet sogar, unerachtet eine Dauer verabredet wurde, einen jederzeitigen Widerruf, für welchen nicht einmal immer Gründe angegeben zu werden brauchen.[83]

Außer solchen Fällen einer auf beschränkte Dauer berechneten persönlichen Verbindung ist ein einseitiger Rücktritt vom Vertrage nur erlaubt, wenn derselbe, was den Kontrahenten freisteht, beim Abschlusse vorbehalten, und dem Gutbefinden des einen Theiles überlassen, oder an ein künftiges Ereigniß, zum Beispiel die Nichterfüllung von der anderen Seite, geknüpft war.

Die sogenannte Erlöschungsklausel,[84] welche in Oesterreich und in den gemeinrechtlichen Ländern wegen der dort schwankenden Ansichten über Zulässigkeit der Differenzklagen dem Handel Bedürfniß war, hat im Gebiete des Gesetzbuches eine neue Gestalt gewonnen: Die Wirkung jener Erlöschungsklausel, daß statt der
354 verspäteten Erfüllung der Werthsunterschied gefordert werden könne,
355 tritt in allen Fällen auch ohne besondere Abrede ein. Hier wird freilich der Vertrag nicht aufgehoben, sondern in der Weise wirksam, wie dies bei dessen Eingehung vorgesehen war. Es ist aber auch gegenüber dem säumigen Verkäufer und dem säumigen Käufer, dem die Waare noch nicht übergeben worden, eine völlige Auflösung des Vertrages gestattet, so daß nunmehr in jedem Handelskaufe, gleichfalls ohne ausdrückliche Verabredung, eine mit größerem Rechte als „Erlöschungsklausel" zu bezeichnende Bedingung liegt. Einer **neuen** Klausel des Inhalts, daß die Waare genau zu einer bestimmten Zeit, „fix", geliefert werde, und welche, wenn auch dem
357 Wortlaute der früheren Erlöschungsklausel entsprechend, mit dieser

---

[83]) Vergl. die Darstellung jener Verhältnisse und das H. G. B. Art. 54. 61. 123. 124. 125. 170. 175. 200. 209. 210. 227. 515.

[84]) **Thöl**, H. R. §. 87. Entsch. S. 100. 101. **Brinkmann**, H. R. §§. 98 ff. und die daselbst Angeführten. **Pauli**, über die Folgen des Verzuges beim Kauf im R. Arch. 3, S. 144. **Fischer**, H. R. §. 244.

nicht verwechselt werden darf, ist die besondere Wirkung beigelegt, daß der säumige Kontrahent keine Nachfrist, und der Andere, wenn er eine solche nicht dennoch unverzüglich ertheilt hat, die bedungene Leistung selbst nicht fordern darf.

2. Neuer Vertrag.[85]

§. 77. Ein Vertrag des Inhalts, daß ein früherer nicht mehr gelten solle, unterliegt den allgemeinen Regeln über Eingehung der Verträge.[86] Ob der frühere schlechthin oder dadurch aufgehoben wurde, daß die wesentlichen Bestimmungen desselben theilweis oder völlig abgeändert sind, begründet nur Namensunterschiede. Man bezeichnet den Vertrag, durch welchen ein neuer an die Stelle des alten gesetzt wird, als Neuerungsvertrag (Novation), sondert aber davon gewöhnlich den diesem Begriffe gleichfalls untergeordneten Vergleich, durch welchen streitige Bestimmungen des früheren Vertrages festgestellt, und den Erlaß, durch welchen von einem Kontrahenten ihm günstige Wirkungen des früheren Vertrages aufgegeben werden.

Auch in Betreff der Formen solcher aufhebenden Verträge ent- 317
hält das Handelsgesetzbuch keine Ausnahme. Es genügt also ein mündlicher Vertrag, auch wenn der frühere förmlich geschlossen ist. Wer dadurch einer Verbindlichkeit entlastet wird, kann zu seiner Sicherheit die Verschreibung zurückverlangen. Dies führt bei Verträgen, in denen jeder Theil Verpflichtungen übernommen hatte, von selbst zu einer Vernichtung der Urkunde. Eine solche zeigt sich aber nur als regelmäßige Folge, nicht als Erforderniß der Aufhebung.

Ob die aus dem früheren Vertrage entstandenen Verbindlichkeiten theilweis bereits erfüllt waren, macht keinen Unterschied; eine Rückgabe der auf Grund derselben übertragenen Gegenstände läßt sich verabreden, eine Aufhebung der schon erloschenen Verbindlichkeiten aber ist undenkbar.

---

[85]) Puchta, Pand. §§. 291. 294. 297. 298. Gruchot in seinen Beitr. III, S. 140 ff. Pr. A. L. R. §§. 385 ff., Tit. 5; §§. 378—475, Tit. 16, Th. I. C. c. art. 1134. 1271 ff. 1283 ff.

[86]) Darf also z. B. nicht zum Nachtheile Dritter geschlossen werden. H. G. B. Art. 165. 184. 259.

Für das Handelsrecht beantwortet sich auch ohne Schwierigkeiten die in den verschiedenen bürgerlichen Rechten[87] abweichend oder dunkel behandelte Frage, wie solche neue Verträge wirken, wenn sie von Einzelnen derjenigen mehreren Personen geschlossen sind, welche in den früheren Verträgen solidarisch verpflichtet oder berechtigt waren.

Das Gesetzbuch nimmt, der herrschenden Ansicht folgend, eine
280 Verpflichtung, eine Berechtigung an,[88] und stellt von den mehreren

---

87) Für das gemeine Recht vergl. die in der folgenden Anmerkung benannten Schriftsteller; für Preußen auch Bornemann, Syst. §§. 171. 172. v. Krätwel bei Gruchot III, S. 10, und A. L. R. §§. 435 ff. 450 ff., Tit. 5, Th. I; C. c. art. 1197 ff.; Oesterr. G. B. §§. 891 ff.

88) Die gute alte Lehre von der Einheit der Verbindlichkeit (Puchta, Pand. §§. 233—235; v. Savigny, Obl. R. §. 16; v. Vangerow, Pand. III, S. 74 f.; Samhaber, zur Lehre von der Korreal-Oblig. Erlangen 1861. §. 10 ff.), welche doch, wie die Gegner anerkennen müssen, eine Menge gewichtiger Quellenzeugnisse für sich hat, ist neuerdings, wiewohl man die Einheit des Inhalts nicht leugnen konnte, hauptsächlich deshalb angegriffen, weil sie der Römischen Auffassung von der Obligation zuwiderlaufe (vergl. die Zusammenstellung der neueren Schriften bei Gruchot in seinen Beiträgen III, S. 288 ff. und bei Sintenis §. 89, Anm. 10). Das Streben, Römischer als die Römer selbst zu sein, fand mit Recht an dem Deutschen Gesetzbuch seine Grenze. Auch vermochten ja alle Gegner der alten Lehre nichts als irgend ein Bild, das dennoch wieder auf diese zurückführt, entgegenzustellen, so Girtanner (die Bürgschaft nach gem. Zivilrecht), welcher doch jeden seiner eventuellen Träger der Obligation (S. 75) schon im Voraus für gebunden erachten muß, Koch (R. d. Ford. II, §. 62) und Fitting (die Natur der Korreal-Oblig. Erlangen 1859. S. 138), welche, einem anderen Bilde von Girtanner (S. 400) sich anschließend, alternative Obligationen annehmen, ohne doch damit bestreiten zu können, daß die Obligation bereits für jeden Theilnehmer voll bestehe. Kuntze (die Obligation und die Singularsuccession des heut. R. R. Leipzig 1856) spricht bei Korreal-Obligationen ohne eigentliche Begründung von Einheit des Vermögensstoffes bei Mehrheit von Obligationen, und giebt damit nur den Begriff der Solidar-Obligation des Röm. Rechts, obwohl er zugesteht, daß sich diese von der Korreal-Obligation kraft positiver Satzung unterscheide (S. 132). Die alte Lehre, in welcher bereits die Römer ihren abstrakten Obligationsbegriff der Natur der Dinge opfern mußten, ist auch weder jener Leerheit noch jener Verdunkelung schuldig, der sie Rückert (Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. N. F. 12, S. 1 ff.) anklagt, insbesondere der Deutschen Auffassung von den Personen in der Obligation entsprechend. Das Wesen der Verträge beruht darin, den Austausch jenes Vermögensstoffes, von dem Kuntze spricht, einen Stoffwechsel, herbeizuführen. Die Verbindlichkeit, durch welche derselbe Stoff einmal übertragen werden soll, ist nur eine.

Theilnehmern der einen Seite jeden dem anderen Kontrahenten auf 269
den vollen Inhalt des Vertrages gegenüber. Eine Verbindlichkeit kann nur einmal aufgehoben werden. Ob dies durch ausdrückliche Verabredung oder durch eine nicht minder in dem Willen der Betheiligten liegende Zahlung, Annahme an Zahlungsstatt, Kompensation geschieht, macht keinen Unterschied, vornehmlich im Handelsrechte. Für eine Verbindlichkeit giebt es nur ein Konto. Der Gläubiger, der in seine Bücher dem Soll der mehreren Schuldner gegenüber ein dasselbe deckendes Kredit eingetragen, hat keine Forderung mehr; der Schuldner, dessen Soll in dem Buche seiner mehreren Gläubiger gedeckt ist, hat keine Schuld mehr.

Welche Wirkung die Auflösung des früheren Vertragsverhältnisses auf die Genossen der einen Seite ausübt, ist für den anderen Kontrahenten unerheblich.

Durch die Annahme, daß ein Theilnehmer die Verbindlichkeit im Ganzen aufheben könne, ist die Möglichkeit einer Abrede nicht ausgeschlossen, nach welcher nur der eine Theilnehmer bei der künftigen Geltendmachung der Verbindlichkeit außer Betracht gelassen werden soll. Was die Kontrahenten des neuen Vertrages beabsichtigt haben, ist Sache der thatsächlichen Feststellung. Wo Bücher geführt sind, werden diese den besten Aufschluß geben.

Daß Steigerungen der früheren Verbindlichkeit nur zum Nachtheil derjenigen Genossen, welche an Schließung des neuen Vertrages persönlich oder durch Stellvertreter Theil genommen, wirksam sind, entspricht der Grundbedingung aller Verträge. Es ist aber keine solche Steigerung, wenn ein Theilnehmer persönlich entlassen wird, weil es dem anderen Kontrahenten ja ohnehin freistand, von den anderen die Leistung oder die Annahme derselben zu verlangen.

III. Sicherung pünktlicher Erfüllung.

A. Ueberhaupt.

§. 78. Der Wille der Kontrahenten ist, wennschon bei Abschluß des Vertrages redlich auf das festgesetzte Ziel gerichtet, im Verlaufe den Schwankungen, welche aus menschlicher Schwäche sich ergeben, in dem Verhältnisse unterworfen, wie die Aussicht auf den mit dem Ziele zu erreichenden Vortheil sich erweitert oder ein=

schränkt. Deshalb sind Hülfen nöthig, um den schwankenden Willen bei seiner Pflicht zu halten, den ungetreuen zurückzuführen, und den Schaden der Nichterfüllung von dem Berechtigten abzuwenden.

Diese Hülfen sind theils in dem Willen der Kontrahenten, theils im Gesetze unmittelbar begründet.

B. Vertragsmäßige Sicherung.

1. Vorsichtiger Abschluß des Vertrages.

§. 79. Der Vertrag beschränkt, wie er die Rechte der Parteien gegen einander abgrenzt, ihre Einwendungen, soweit dieselben nicht ihrer Verfügung durch ausdrückliche Verbote oder die guten Sitten entzogen sind.[1] Niemand kann zum Beispiel auf die Einrede des Betruges verzichten. Ob die Entsagung einer Einwendung, ob andererseits ein Vorbehalt bestimmt genug gefaßt sei, ist Sache der Auslegung. Von dieser ist oben geredet worden.

2. Merkzeichen.

§. 80. Von den Formen, welche die Erfüllung des Vertrages sichern, indem sie dessen Abschluß erkennbar machen, hat die im Deutschen Rechte wurzelnde gerichtliche Verlautbarung insofern eine besondere Bedeutung, als sie gleichzeitig den Inhalt außer Frage stellt und deshalb nach den meisten Gesetzen den Vortheil leichterer Geltendmachung der beurkundeten Berechtigung gewährt.[2]

Gleichfalls auf Deutschem Boden, und zwar in ungezwungener Mannigfaltigkeit erwachsen, hat die Daraufgabe[3] mit dem

---

1) v. Holzschuher I, S. 132. Gruchot in s. Beitr. I, S. 490. Pr. A. L. R. §. 193, Tit. 5, Th. I. C. c. art. 6. 2048. 2221. 2222. Oesterr. G. B. §. 937.

2) Siehe oben §. 45 a. E.

3) Stobbe, zur Geschichte der Deutsch. Vertr. S. 50. Beseler, D. P. R. §. 121. v. Savigny, Obl. R. §. 79. Puchta, Pand. §. 254. Sintenis §. 99. Gruchot I, S. 395. Pr. A. L. R. §. 205, Tit. 5, Th. I. Oesterr. G. B. §§. 908—911. C. c. art. 1590. Motive S. 107. Prot. S. 416. 1313. Die Daraufgabe wurde wohl in Deutschland ursprünglich, wie der Name anzeigt, außer dem Preise gegeben, als Gottespfennig, denarius dei, später dem einen Kontrahenten als ein Handgeld, oder man ließ, um den zugezogenen Zeugen eine Erfrischung zu gewähren und dadurch in ihrer Erinnerung den Vertragsabschluß aus der Alltäglichkeit herauszuheben, etwas daraufgehen (Leikauf, Weinkauf).

Römischen Namen Arrha eine einförmige Gestalt um so weniger annehmen können, als die Römischen Quellen selbst zu Verschiedenheiten führten. Das Gesetzbuch bestimmt nun, daß die Daraufgabe 285
in der Regel nicht als Reugeld, sondern nur als Zeichen des Vertragsabschlusses zu verstehen sei, welches der Empfänger auf die zu erwartende Leistung anrechnen oder, wenn der Vertrag rückgängig wird, erstatten müsse. Hiebei ist es gleichgültig, aus welchem Anlaß die Erfüllung des Vertrages unterblieb.

Doch sind abweichende Verabredungen zugelassen, und bei ab- 279
weichenden Ortsgebräuchen vorauszusetzen.

3. Eid.

§. 81. Der Eid, als Verstärkungsmittel von Verträgen, hat nur im gemeinen Rechte, und dort eine sehr angefochtene Anwendung. Soweit er Versprechen von Minderjährigen eine diesen sonst nicht zukommende Kraft giebt, kann, wennschon nur selten, auch der Handelsrichter damit befaßt sein.[4]

4. Strafen.[5]

§. 82. Jeder Nachtheil, mit welchem die Kontrahenten den Säumigen bedrohen, erscheint als Strafe. Ob diese, — zum Beispiel der vorbehaltene Rücktritt —, demnächst als solche empfunden wird, oder nur zur theilweisen Schadloshaltung des Anderen gereicht, ist Thatfrage des einzelnen Falles, welche jedoch das Rechtsgebiet durch die daraus entgegentretende Wahrnehmung berührt, daß der Schaden, dem vorgebeugt werden soll, schwer im Voraus zu ermessen ist. Hierauf gründet sich die Vorschrift des Gesetzbuches für diejenigen Strafen, welche darauf abzielen, das Interesse im Voraus festzustellen, und welche, als die häufigsten, vorzugsweise Konventionalstrafen heißen: Eine solche Feststellung gilt regelmäßig

---

[4]) Puchta, Pand. §. 253. Sintenis §. 99. v. Holzschuher I, S. 129 f. Girtanner, Bürgschaft S. 270 ff.

[5]) v. Savigny, Obl. R. §. 80. v. Holzschuher III, S. 298 ff. Sintenis §. 88. Koch, R. d. Ford. II, §. 114. Borneman, Syst. §. 163. Heydemann, Einl. S. 244. Gruchot II, S. 133 ff. Preuß. A. L. R. §§. 292 ff., Tit. 5, Th. I. C. c. art. 1152. 1226 ff. Oesterr. G. B. §. 1336. Motive S. 107. Prot. S. 409 ff. 1310.

nur als ein Versuch, entbindet also den Säumigen nicht von der
284 Verpflichtung, nachträglich zu erfüllen, oder den die Strafe erweis-
lich übersteigenden Betrag des Schadens zu ersetzen. Sollte der
Schuldner sich durch Erlegung der Strafe loskaufen können, so
muß dies ausdrücklich bedungen sein.

Schädensklagen pflegen zum nicht geringen Theile an der Uner-
weislichkeit zu scheitern. Hinter diese soll der böse Wille des Schuld-
ners sich nicht verstecken können. Darum die Festsetzung im Vor-
aus. Der Gläubiger darf also in die mindestens zeitraubenden
284 Schwierigkeiten einer Beweisführung auch nicht durch Einwendungen
des Schuldners gegen die Höhe des Interesses hineingezogen werden.
Die abweichenden Bestimmungen des Preußischen und Oesterrei-
chischen Rechts sind für Handelssachen aufgehoben; die Zinsbeschrän-
292 kungen aber sind, weil rücksichtlich ihrer die Wirksamkeit der Landes-
gesetze ausdrücklich aufrecht erhalten ist, wo sie gelten, bestehen ge-
blieben, nur sollen dieselben auf Konventionalstrafen, welche im
220 Grundvertrage reiner Aktiengesellschaften für den Fall verzögerter
Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Theils der-
selben bedungen werden, keinen Einfluß üben.

Diese Vorschriften treffen nicht alle wesentlichen Punkte un-
mittelbar, die Antwort auf einige vielbesprochene Fragen aber ist
aus dem Gesetzbuch herzuleiten:

1. Ob der Gläubiger neben der Erfüllung die Strafe for-
dern könne, ist Sache der Konvention und ihrer Auslegung. Für
diese ist das Verhältniß des Strafmaßes zu dem annähernden
Werthe der gesammten Leistung von Wichtigkeit. Im Zweifel ver-
steht man allgemein die Strafe als das vorausgesetzte Interesse an
der Leistung überhaupt, nicht an der Rechtzeitigkeit derselben. Der
Gläubiger hat also in der Regel zwischen der Erfüllung und der
220 Strafe nur zu wählen. Fälle, in denen Beides gefordert werden
398 kann, sind aber im Gesetzbuche selbst gegeben.

2. Ob eine unvollkommene Erfüllung von der Strafe befreit,
ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen über den Gegenstand
der Erfüllung zu beurtheilen. Sofern die angebotene Leistung für
eine andere, als die bedungene, gelten muß, verfällt die Strafe.
Wird die andere Leistung dennoch angenommen, so findet regelmäßig
auch eine Einigung über die Höhe und die Verrechnung ihres Preises

statt; wenn der Gläubiger aber einen Anstand nicht erhoben hätte, so gilt die Leistung als genehmigt, abgesehen von Mängeln, welche 347 bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren, und es kann sodann, weil von einem Schaden, auch von Einforderung der Konventionalstrafe, nicht mehr die Rede sein. Inwiefern eine theilweise Erfüllung zurückgewiesen werden dürfe, muß aus dem Vertrage hervorgehen. Ist 359 es nicht geschehen, die anderen Theile der Erfüllung bleiben aber aus, so wird die Strafe fällig, doch ist auf dieselbe der Werth des abschläglich empfangenen Theiles anzurechnen, — sofern nicht Umstände vorliegen, nach welchem dessen Rückgabe erfolgen darf. Diese im Gesetzbuche angezeigte Antwort entspricht den bisherigen Rechtssystemen, auch dem Preußischen trotz einer scheinbaren Abweichung, denn wenn die Kontrahenten, was ihnen freisteht, die Strafe ausschließlich für den Fall „gänzlicher Nichterfüllung“ bedungen haben, so muß eine solche Vertragsbestimmung überall dahin führen, bei einer theilweisen Nichterfüllung die Entschädigungsforderung nicht in einem Verhältnisse zur Strafe, sondern nach dem selbstständig zu ermittelndem Interesse zu bemessen. Im Gebiete des Gesetzbuches ist überdies nach dessen angeführten Grundsätzen zu entscheiden, was eine „gänzliche Nichterfüllung“ sei.

3. Weil die Konventionalstrafe regelmäßig als das vorausge- 399 setzte Interesse an der Leistung aufzufassen ist, so unterliegt sie dem Einwande einer unverschuldeten Unmöglichkeit.

4. Aus demselben Grunde wird sie mit dem Eintritte des Verzuges fällig. Eine Bestätigung dieses Satzes, welcher in das Preußische und Rheinische Recht ausdrücklich aufgenommen, nicht minder aber in Oesterreich maßgebend ist, findet man, unter der für das Handelsrecht entwickelten Voraussetzung, daß im Verzuge sei,

> wer den ihm vorgeschriebenen Verfalltag versäumte, oder, in Ermangelung eines solchen, der berechtigten Mahnung des anderen Kontrahenten nicht entsprach,

nach der einen Richtung in zwei Stellen des Gesetzbuches. Diese knüpfen den Verfall der Strafe, mit Ausschluß einer Mahnung, an 220
den festgesetzten Erfüllungstag der Hauptverbindlichkeit. 398

Daß bei unbetagten Forderungen die Strafe ohne Mahnung verfalle, ist nur ein Bruchtheil der künstlichen Konstruktion, zu

welcher im gemeinen Rechte abweichende Ansichten über den Zeitpunkt des Verzuges führten, und ist in der Vorschrift des Gesetzbuches:

397 der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist, u. s. w.

nicht bestätigt, denn wenn auch die für Innehaltung der üblichen Zeit bestimmte Strafe ohne Mahnung fällig wird, so ist das Ueb-
279 liche doch als bedungen zu betrachten.

5. Pfand.[6]

a) Ueberhaupt — im Handel — im Gesetzbuche.

§. 83. Die Berechtigung des Gläubigers, beim Ausbleiben der Erfüllung seine Deckung aus dem Verkaufserlöse eines fremden Gegenstandes zu entnehmen, das Pfandrecht, gewährt dem Gläubiger nur Sicherheit, wenn dessen Beziehung zu dem Pfande eine ihn vor Einwirkungen anderer Personen bewahrende Stärke gewonnen hat. Die bloße Erkennbarkeit derselben bietet Schutz gegen den bösen Willen nur soweit das Pfand, als unbeweglich, der Veräußerung nicht entzogen werden kann, aber, wie ein flüchtiger Blick auf die wüsten Felder und Scheuern der zur Zwangsversteigerung feilgebotenen Liegenschaften zeigt, gerade nur soweit. Die Sicherheit gelangt erst zur Vollendung durch die thatsächliche Möglichkeit des Gläubigers, über das Pfand mit Ausschluß Anderer zu verfügen, das ist — durch Besitz. Darum fordern die neueren Gesetzgebungen,[7] indem sie von der Absicht, den Gläubiger zu sichern, ausgehen, zur Begründung eines Pfandrechts an beweglichen Gegenständen deren Uebergabe an den Gläubiger oder dessen Stellver-

[6]) Puchta, Instit. §§. 246 ff. Sintenis §§. 67 ff. v. Gerber, D. P. R. §§. 149 ff. Beseler, D. P. R. §§. 95 ff. Dernburg, Pfandr. (Leipzig 1860). Fischer, H. R. §. 246. Pr. A. L. R. Tit. 20, Th. I. C. c. art. 2071 ff. Oesterr. G. B. §§. 447 ff. Während der Korrektur erscheint soeben die rechtsgeschichtliche Abhandlung von Stölzel, zur Lehre vom Faustpfande, im Arch. f. ziv. Pr. 45, S. 254.

[7]) In Preußen, Code und Oesterreich a. a. O. Lübisches Recht Buch III, Tit. 4, Art. 5. Churſächs. erläuterte Pr. O. von 1724 ad Tit. XLIV §§. 1. 2. Bayer. Hypoth. Ord. v. 1. Juni 1822 §. 3. Württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 245 ff. Großherz. Sächs. Pfandges. §§. 3. 5. 57. 58.

treter, und zwar meistens eine körperliche, wo sie ausführbar ist.[8] Aus dem Pfandvertrage kann man auf die Uebergabe klagen.[9] Von diesem sachgemäßen Satze nahm auch die Römische Lehre den Ausgang[10] zu der einseitigen Uebertreibung, wonach dem Gläubiger die Klage auf Herausgabe der ihm als Befriedigungsmittel unterstellten Gegenstände (Hypotheken), ohne Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen, gegen jeden gutgläubigen Dritten, und demzufolge auch die Befugniß zusteht, den Erlös zunächst zu seiner Deckung auszubeuten. Nachdem aber das Gesetzbuch den redlichen Besitzer einer von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe erworbenen oder zu Pfand erhaltenen Sache regelmäßig wieder vor 306
allen Ansprüchen eines früheren Pfandgläubigers verwahrt hat, ist 307
der Hypothek an beweglichen Sachen jede Lebensfähigkeit entzogen. Sich mit solchem Schatten einer Sicherheit begnügen, heißt, in

[8]) Muß auch mit Gruchot in s. Beitr. 4, S. 474 ff. und den von ihm angeführten Schriftstellern (v. Savigny, Puchta, Lenz) angenommen werden, was Goßler sagte: „Das Symbolum wird ein Nichts, wenn die Wahrheit fehlt, und für Denjenigen, welcher eine Sache wirklich in seiner Gewahrsam hat, spricht die That selbst," so ist doch der deutschrechtlichen Anschauung, welche z. B. die Uebertragung von Forderungen auf Ablieferung schwimmender oder fahrender Güter, im Hinblick auf das beabsichtigte Resultat, als eine eigenthümliche Uebergabe der Güter selbst betrachtet, die Berechtigung nicht mehr abzusprechen, zumal sie dem Handelsgesetzbuch selbst geläufig ist (Art. 313. 374. 649). Der Name einer symbolischen ist für solche Uebergabe einmal hergebracht. — Pfandrechte an Schiff oder Schiffsgut dürfen die Reise nicht hindern, und deshalb von einer körperlichen Innehaltung des Pfandes nicht abhängig sein. Siehe das Seerecht und unten §. 109.

[9]) So vermittelt sich auch art. 2071 C. c.: Le nantissement est un acte par lequel un débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette und die hierauf gegründete Ausführung des Regierungs-Kommissarius Berlier vor der gesetzgebenden Versammlung am 22. ventose an 12: „Ainsi la mise effective du créancier en possession de la chose appartenante à son débiteur est de l'essence de ce contrat" mit dem art. 2076, welcher nur das Vorzugsrecht des Gläubigers dem Dritten gegenüber von dem Besitze des Pfandes abhängig zu machen scheint und den auf den gegebenen Gegensatz schärfer eingehenden Worten des Tribun Gary am 25. ventose 12: „S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant les-quelles la vérité de cette convention doit être établie, sont celles prescrites par la loi des contrats ou des obligations conventionelles en général."

[10]) Gaj. IV, 147. Interdictum quoque quod appellatur salvianum apiscendae possessionis comparatum est. l. 1. Cod. de precar. (8, 9).

einem Athemzuge persönlichen Kredit versagen und gewähren. Dem Handelsrichter wird sie also kaum in anderen Fällen vorkommen, als wo sie für erdichtete Forderungen zur Hintergehung wirklicher Gläubiger simulirt ist, besonders im Konkurse.

Der schnellste Umsatz gewährt den größten Nutzen. Deshalb rechnet der Handel vorzugsweise auf persönliche Zuverlässigkeit. Pfänder bringen immer einen störenden, unbewegliche einen mit dem Handel unvereinbaren Aufenthalt. Diesen sucht rücksichtlich des Faustpfandes das Gesetzbuch zu vermindern.

Wennschon man Anfangs geneigt war, die Erleichterungen allen aus Handelsgeschäften entsprungenen Forderungen zuzuwenden, so schienen doch die nicht ohne Bedenken aufgenommenen Begünstigungen des Gläubigers bei Realisirung des Pfandes einer Beschränkung dahin zu bedürfen, daß sie dem Schuldner, wenigstens wo er unter denselben Verhältnissen Gläubiger wäre, wieder zu Gute kommen müßten, und es wurden demnächst andere Rücksichten, welche bei der Pfandbestellung solcher Beschränkung entgegenstanden, durch das Bestreben überwogen, die beabsichtigten Erleichterungen überall auf die gleiche Voraussetzung zurückzuführen. Als solche nahm man die Forderung unter Kaufleuten in beiderseitigen Handelsgeschäften an.[11]

b) Pfandbestellung.

§. 84. Im Allgemeinen gehört zur Bestellung des Pfandrechts eine Forderung auf deren Sicherung es ankommt, eine Vereinbarung, aus welcher die Absicht der Kontrahenten hervorgeht und bei dem Faustpfande, wie der Name anzeigt, die Uebertragung in die Hand des Gläubigers. In dem Augenblicke, in welchem jene

[11]) Wenn Goldschmidt in seinen Gutachten S. 88 es als verfehlt betrachtet, daß man dem Gläubiger zumuthe, zu prüfen, ob der Besteller Kaufmann und das zu sichernde Geschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft sei, so tritt doch keine große Gefahr bei der Bestellung ein, weil der Gläubiger selbst Kaufmann ist und danach den Stand seines Schuldners kennen wird, bevor er sich einläßt, auch die Ver-
274 muthung, daß das Geschäft eines Kaufmannes ein Handelsgeschäft sei, durch augenfällige Umstände bei dem Abschlusse widerlegt sein müßte. Bei der Veräußerung wird überdies regelmäßig die Prüfung des Gerichts zu Hülfe kommen. Ist außergerichtlicher Verkauf schriftlich vereinbart und geschehen, so wird der Schuldner vor keinem Handelsrichter deshalb klagen können. Volenti non fit injuria.

drei Erfordernisse, deren Reihenfolge unwesentlich ist, zusammentreffen, entsteht das Pfandrecht. Nach dem Gesetzbuche soll nunmehr, unbeschadet der den öffentlichen Pfandanstalten, Kredit- 312
instituten oder Banken verliehenen besonderen Befugnisse, wie nach den bürgerlichen Rechten bereits fast ausnahmlos,[12] bei der Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine For- 309
derung aus beiderseitigen Handelsgeschäften die einfache Vereinbarung und die Uebertragung des Besitzes an dem Pfande hinreichen. Bei indossirbaren Papieren erlangt der Gläubiger die Fähigkeit, darüber mit Ausschluß Anderer zu verfügen erst durch Indossament. Hier ist also zur Uebergabe Indossament erforderlich.

Das Gesetzbuch will durch diese Bestimmungen nicht ausgeschlossen wissen, daß die Bestellung oder Veräußerung solcher Faustpfänder rechtsgültig sei, wenn dabei die in den einzelnen Staaten bestehenden Vorschriften beobachtet wurden.[13]

c) Rechte des Pfandnehmers.

aa) Besitz.

§. 85. Mit dem Besitze des Pfandes erlangt der Gläubiger zunächst den Anspruch auf dessen Schutz.[14] Jede Abwehr wird, so-

---

[12]) Im Pr. A. L. R. ist bei der symbolischen Uebergabe beweglicher Sachen eine schriftliche Uebertragung des Besitzes (§. 273), im C. c. bei Pfändern über 150 fr. an Werth zur Gültigkeit gegen Dritte schriftlicher Vertrag und Einregistrirung vorgeschrieben (art. 2074. Rogron, C. d. C. art. 95. 535). Durch den anscheinend widersprechenden art. 2084 C. c. behielt sich der Gesetzgeber Abweichungen für das später zu verfassende Handelsrecht vor, welche demnächst nicht eingetreten sind.

[13]) Daß mehrere Förmlichkeiten nicht schaden, war selbstverständlich. Der Ausspruch war auch nur darauf berechnet, leichtere Formen zuzulassen, doch sind solche in Betreff der Pfandbestellung nicht denkbar. Wenn ein Gesetz das Indossament in Wegfall bringt (Bremer Erbe und Handfestenordnung §. 128), so wird das bloße Papier verpfändet, und dessen Werth kommt nur insofern in Betracht, als derselbe dem Schuldner entgeht, nicht aber, dem Wesen des Pfandrechts entsprechend, als ein Mittel zur Befriedigung des Gläubigers. Das Wort „Bestellung" ist in das Gesetz von der Redaktionskommission eingefügt (Prot. S. 1420), ohne daß aus dem Protokolle der Sitzung vom 3. Februar 1858 eine Absicht des Plenums erkennbar ist (S. 1335), eine der aufgenommenen ähnliche Bestimmung über die Veräußerung der Pfänder auszudehnen.

[14]) Sintenis §§. 46. 67 ff. v. Savigny, das Recht des Besitzes §§. 34 ff.

bald der Vortheil auf die andere Seite übergeht, zum Angriff. Der öffentliche Frieden setzt der Verfolgung Grenzen in dem Schutze, welchen er wiederum dem neuen (redlichen) Besitzer verleiht. Der thatsächliche Zustand des Besitzes hat aller Orten, auch über jenen sogenannten Interdiktenschutz hinaus, eine gewisse von Gesetzen und Statuten freilich sehr verschieden bemessene Widerstandskraft gegen das gute Recht des früheren Besitzers: die geringste in den Römischen Gesetzen, nach welchen jeder Besitzer dem dinglichen Recht des Eigenthümers oder Pfandgläubigers weichen muß, sofern ihm nur die nothwendigen, der redliche Besitzer, sofern ihm auch die nützlichen Auslagen für die Sache erstattet werden; die ausgedehnteste im Rheinischen Gesetze, welches jeden Besitzer einer nur gerade nicht gestohlenen oder verlorenen Sache dem Eigenthümer und Pfandgläubiger gegenüber schützt.[15] Dazwischen liegen

§§. 32 ff. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (Tübingen 1848). Delbrück, die dingliche Klage des Deutschen Rechts (Leipzig 1857). Baron, Abhandl. aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860). v. Schmidt, über den Begriff des Besitzes nach Röm. R. (Dorpat 1860). Gruchot in seinen Beiträgen 5, S. 317 ff. 467 ff.

[15]) Der Staatsrath Bigot Préameneu hatte in derselben Ausführung (Sitzung vom 17. ventose 12), in welcher sein juristisches Gewissen bekennen mußte: „Cette possession par soi même ou par autrui est un fait qui ne peut pas d'abord établir un droit, mais qui indique la qualité de propriétaire. Cette indication serait illusoire, si celui qui a la possession pouvait être évincé autrement que par la preuve qu'il possede au nom d'autrui, *ou qu'un autre a la propriété,*" bei art. 2279 zu sagen: dans le droit français on n'a point admis à l'egard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre: on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'idendité, et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre, et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs on dû faire maintenir la régle générale suivant laquelle, *en fait de meubles, la possession vaut titre.* Der Tribun Goupil Préfeln bedurfte vor der gesetzgebenden Versammlung nur eines einfachen ainsi. Er sagte: Les meubles se transmettent par la seule tradition: *ainsi* en fait de meubles la possession vaut titre, ohne des neun Tage zuvor dekretirten art. 1583 zu gedenken, wonach das Eigenthum beim Kaufe vor der Besitzergreifung auf den Käufer übergeht, und des art. 711: La propriété des biens se transmet par l'effet des obligations. Mit diesem Satze des Englischen Rechts (Voigt im N. Archiv 3, S. 291), dort lautend: As soon

in Deutscher Mannigfaltigkeit, zum Theil vom Römischen Recht beeinflußt, die Entwickelungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen,“[16] denen jedoch eine volle Geltung nur noch in den Hansestädten, in Preußen und in Oesterreich zukommt. Das Preußische Landrecht schließt die Klage des Eigenthümers auf Rückgabe der Sache (Vindikation) gegen den Besitzer aus, wenn dieser vom Fiskus oder in öffentlichen Versteigerungen gekauft, sowie bei baarem Gelde und kurshabenden Papieren auf den Inhaber gegen den redlichen Besitzer, sofern dieser den Besitz nicht unentgeldlich überkommen hatte.[17] Es hält den ursprünglichen Deutschen Grundsatz, daß der Eigenthümer, was er freiwillig weggegeben, von dem redlichen dritten Besitzer nicht zurückfordern könne, unerachtet es eine Uebersetzung der Römischen Regel: „Wo ich meine Sache finde, verlange ich sie zurück“ an die Spitze stellt, thatsächlich aufrecht, indem es zu den Verwendungen, welche dem redlichen Besitzer erstattet werden müssen, auch dessen Erwerbspreis rechnet, als redlichen Besitzer Jeden betrachtet, welcher die Sachen auf Messen oder Märkten, oder von obrigkeitlich zum öffentlichen Feilbieten solcher Sachen ermächtigten Leuten gekauft hat, auch die Beweislast durchaus zu Gunsten des redlichen Besitzers ordnet. Einen unzweideutigen Ausdruck giebt es dem Deutschen Grundsatz sodann im Pfandrecht, woselbst es, im Uebrigen auf seine Vorschriften über die Vindikation verweisend, bei freiwilliger Aufgabe des Besitzes dem Gläubiger die spätere Verfolgung des Pfandes ganz versagt.[18]

Im Oesterreichischen Gesetzbuch erscheint der Deutsche Grundsatz etwas klarer, doch nicht völlig frei vom Einflusse der Römischen und der entgegengesetzten Französischen Anschauung, so-

---

as the bargain is struck, the property of the goods is transferred to the vendee, verträgt sich nur die in England auch als Regel angenommene Vindikation der Mobilien.

[16]) v. Gerber, D. Pr. R. §. 102. Beseler, D. Pr. R. §. 86. Kraut, Grundriß §§. 103. 115.

[17]) Die fernere Ausschließung der Vindikation, wenn der Besitzer in Läden solcher Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, gekauft hat, ist seit Aufhebung der Zunftverfassung bedeutungslos. Bornemann, Syst. 2, §. 118. Ges. Revis. Pens. 13, S. 188.

[18]) A. L. R. §§. 1 ff., Tit. 15; §§. 118. 119. 253. 254, Tit. 20, Th. I.

fern es einerseits die Berechtigung des Eigenthümers, die vorenthaltene Sache von jedem Inhaber zurückzufordern, voranstellt, andererseits den redlichen Besitzer geradehin für den Eigenthümer erklärt, wenn er die Sache „entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgeld von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der frühere Eigenthümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte. Baares Geld und Inhaber-Papiere sind in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage, insbesondere nicht gegen den redlichen Besitzer. — Im Pfandrecht ist keine Abweichung.[19]

An vielen Orten durch das der Römischen Lehre folgende gemeine Recht verdrängt, hat der im Handel vielfach vermißte Deutsche Grundsatz in dem neuesten Gesetzbuche[20] eine von allen angeführten Rechtssystemen abweichende Gestalt und dadurch, wegen der nun ins Uebermaß gesteigerten Mannigfaltigkeit, eine von den Zweifeln wider seine Zweckmäßigkeit nicht mehr berührte Anwartschaft auf eine gleichförmige und unbeschränkte Rückkehr in das Deutsche Recht erhalten.

308 Er findet, wenn die Landesgesetze den Besitzer nicht noch besser stellen, zu Gunsten des redlichen Besitzers schon jetzt in allen Handels-
307 sachen bei Papieren auf den Inhaber volle Anwendung, bei anderen Gegenständen aber nur, sofern sie von einem Kaufmanne in seinem
306 Handelsbetriebe veräußert, verpfändet und übergeben wurden, sie auch von dessen Vormanne nicht verloren, oder sie diesem nicht gestohlen waren.

Mindestens in solchen Fällen ist also der redliche Pfandnehmer und dessen Nachfolger[21] im Besitze des Pfandes gegen den Eigenthümer und den früheren Pfandnehmer geschützt, büßt er aber andererseits mit dem Besitze auch sein Pfandrecht ein.

Die Vergleichung zeigt, daß diese Vorschrift des Handelsge-

---

19) G. B. §§. 366 ff. 456.

20) Prot. S. 4605 ff.

21) Der Nachfolger eines redlichen Pfandnehmers kann insofern nicht unredlich sein, als ihm dieser ein von dem Rechte des Vormannes unabhängiges gültiges Recht überträgt. Der redliche Nachfolger des unredlichen Pfandnehmers steht dem Eigenthümer nunmehr als redlicher Käufer oder Pfandnehmer gegenüber.

setzbuches wenigstens im Pfandrecht als eine Erleichterung des Besitzers nur unter der Herrschaft des Römischen Systems erscheint.[22] Insbesondere ist die in Preußen der Regel entsprechende, in Oesterreich besonders aufgestellte Bestimmung, daß der Eigenthümer das Pfand von dem redlichen Pfandgläubiger einlösen könne, nicht als eine Belastung für diesen anzusehen, weil er das Pfand nur um der Einlösung Willen besitzt; und sie muß überall im Handelsrechte gelten, sofern der Gläubiger die Zahlung aus den Händen Dritter nicht ablehnen darf.

Nur im gemeinen Rechte kann also die Frage, wann eine Sache als verloren, wann als gestohlen zu betrachten, aufgeworfen werden. Daß sie mindestens verloren sei, ergiebt sich, da sie bei einem Anderen angetroffen wird, sobald der Besitzer sie nicht selbst in fremde Gewahrsam gegeben hatte. Ob sie gestohlen sei, ist also allein in einem solchen Falle von Bedeutung. Nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes macht es keinen Unterschied, wo und aus wessen Händen sie gestohlen ist. Wenn übrigens die Beziehung zwischen dem Menschen und der Sache neben ihm, welche das blos räumliche Verhältniß in einen Besitz gestaltet, durch seinen Willen einmal begründet ist, so wird sie dadurch nicht aufgelöst, daß er die Verwahrung, statt mittelst Schloß und Riegel, vermittelst einer anderen Person ausübt. Aus deren Händen wird die Sache immer dem Eigenthümer gestohlen.

Hiernach bleibt nur zu entscheiden, ob es als Diebstahl zu betrachten sei, wenn der Verwahrer sie veruntreut? Auch dies hat wenigstens keine rechtlichen Schwierigkeiten. Nachdem die Deutsche Unterscheidung der Unterschlagung von dem Diebstahl in die Deutschen Strafgesetze allgemein Eingang gefunden,[23] kommt es, der

---

22) Für den Käufer gilt sie auch in Preußen, soweit sich der redliche Besitzer die freilich praktisch seltene Einlösung gefallen lassen muß.

23) Peinl. Hals-G.-O. Art. 170: Item, welcher mit eyns andern güttern, die jm im gutten glauben zu behalten und zu verwaren gegeben sein, williger und geverlicher weiß, dem Glaubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem Diebstall gleich zu straffen. Heffter, Lehrbuch des D. Strafr. §§. 492 ff. Beseler, Kommentar, und Oppenhoff, Preuß. Strf. G. B. zu §. 215; auch Sachsensp. Landr. II, Art. 29: Keine Dieberey hat er aber gethan — alldieweil er es nie dieblich noch raublich aus jenes Geweren brachte. III, Art. 6. Diese letztere bereits in der Glosse zum Sachsensp. streitige Stelle findet ihre Erklärung im Text.

anscheinend abweichenden Abgrenzungen unerachtet, gleichmäßig darauf an, ob die Gewahrsam völlig in die fremde Hand gelangt war, oder neben der Einwirkung auf die Sache, welche ihr gelassen wurde, beim Besitzer blieb. So lange dieser die Innehabung nicht aufgegeben hatte, wie der Gastwirth an den Gegenständen, welche er in seinem Zimmer einem Fremden einräumt, wie der Fabrikbesitzer an dem Stoffe, der in seiner Werkstatt verarbeitet, der Dienstherr an dem Geräthe, das in seinem Haushalte gebraucht wird, kann nur durch ein Nehmen, also nur durch einen Diebstahl die widerrechtliche Zueignung vollzogen werden. Diese Anschauung entspricht dem Geiste des Gesetzbuches, denn der hergebrachte Gegensatz, aus welchem hier aufs Neue die Regel: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen," erkennbar wird: „verloren oder gestohlen," ist mit der Regel auf den Unterscheidungspunkt eines Anvertrauens der Habe, eines freiwilligen Aufgebens der Gewere zurückzuführen.[24]

bb) Recht auf bessere Sicherheit.[25]

§. 86. Die sehr bestrittene Frage des gemeinen Rechts, welche Ansprüche dem Pfandgläubiger zustehen, wenn der Werth des Pfandes sich geringer zeigt, als er erwartet hatte, ist vom Preußischen Recht dahin entschieden, daß er bessere Sicherheit verlangen könne, wenn durch Zuthun des Schuldners, durch Zufälle von Außen her, oder durch erst offenbar gewordene Mängel und Fehler der Sache der Werth derselben die bedungene Sicherheit nicht mehr gewähre. Diese Bestimmung ist, weil es doch schließlich auf den Inhalt des Vertrages ankommt, unschädlich; weniger die Fassung des sich anschließenden Oesterreichischen Gesetzbuches, obwohl auch dessen Bedingung: „wenn der Werth der Sache zur

---

Aus ihrem Falle: „Wenn der Knecht des Herren Gut veräußert," entnimmt das rev. Lüb. R. III, Tit. 6, Art. 5 nur das Verhältniß des Herrn zu dem die Erfüllung fordernden Käufer. Vergl. aber die Stellen bei Kraut, Grundriß §. 103.

[24]) Sachsensp. Landr. II, Art. 60: „zu welcher wis her die uz sinen geweren let mit sime willen." — Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich der Funddiebstahl des Deutschen Rechts.

[25]) Glück, Pand. Bd. 14, S. 65. v. Holzschuher II, S. 460. Koch, R. d. Ford. II, §. 280. Pr. A. L. R. §§. 23. 169. 170, Tit. 20. Oesterr. G. B. §. 458.

Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird," voraussetzt, daß die Kontrahenten von einer völligen Bedeckung der Schuld ausgegangen waren. So gelangt man unerachtet scheinbarer Abweichungen zu der besonders im Handelsrechte selbstverständlichen, auch in den Römischen Quellen angezeigten Regel[26] zurück, daß der Wille der Kontrahenten den Ausschlag giebt. Sollte eine bestimmte vorliegende Sache als Pfand gegeben und genommen werden, so kann von Nachforderung einer besseren Sicherheit nicht die Rede sein. War es aber darauf abgesehen und deshalb bedungen — vielleicht in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zur Bestellung einer Sicherheit — eine solche in einer gewissen Höhe zu gewähren, so muß dieser Vertrag, wie jeder andere, gehalten werden.

cc) Pfandveräußerung.

§. 87. Zweck des Pfandes ist dessen Realisirung bei ausbleibender Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Diese war in Deutschland überall zu Gunsten des Schuldners unter gerichtliche Aufsicht gestellt, bis das Römische Recht in dem sich unterworfenen Gebiete auch einen außergerichtlichen Verkauf nach dessen Androhung und Abwartung einer von dieser zu berechnenden zweijährigen Einlösungsfrist gestattete. Doch ist wohl die gerichtliche Veräußerung, weil durch sie die Einlösungsfrist ganz oder wenigstens bis auf die nach Römischem Rechte hier vorgeschriebenen zwei Monate erspart zu werden pflegt,[27] in allgemeinem Gebrauch geblieben. In den neueren Gesetzgebungen eingeführt,[28] in Preußen und Oester-

---

26) l. 1 §. 2. 16 Dig. de pign. act. (13, 7). Das größte Unheil in dieser Lehre hat der Sklave Stichus (l. 31 a. a. O.) durch seinen Diebstahl bei dem Pfandgläubiger angerichtet. Der Schuldner, welchem er als Gewohnheitsdieb bekannt war, sollte nicht durch Aufgabe des Sklaven, wie in anderen Fällen möglich, der Entschädigungspflicht entgehen. Der Schaden, der durch den Diebstahl zugefügte, — denn nur bei diesem war eine noxae deditio am Platze, — nicht der in Mangelhaftigkeit des Pfandes bestehende, sollte (wie überdies aus der Zusammenstellung mit dem Depositum ganz unzweifelhaft), natürlich mit der Klage des Vertrages, in welchem der Schuldner den guten Glauben so grob verletzte, gefordert werden.

27) l. 31 Dig. de re judic. (42, 1), auch Hannov. Pr. O. §. 553. Braunschweig. Pr. O. §. 386.

28) Pr. A. L. R. §§. 25 ff. 197. 198. C. c. art. 2078. Oesterr. G. B. §. 461. Ausnahmen in besonderen Gesetzen, z. B. Wiener Börsen-O. vom 11. Juli 1854 §. 14, tit. c.

reich als Vollstreckung eines über die Hauptforderung ergangenen Richterspruches behandelt, ist sie ausnahmslos allein im Rheinischen Rechte anbefohlen, wo Verträge, welche den Gläubiger davon entbinden, ohne Wirkung sind.

Nebenverabredungen, welche dem Zwecke des Pfandrechts widerstreben, sind überall verboten, namentlich die zur Bedrückung des Schuldners gereichende Bedingung, daß bei nicht rechtzeitiger Befriedigung dem Gläubiger das Pfand zufallen solle. Damit ist ein Verkauf des Pfandes an den Gläubiger nach dem Zahlungstage nicht zu verwechseln.[29] Ein solcher kann beim Richter, im Rheinischen Recht sogleich, im gemeinen Rechte, wenn sich kein annehmbarer Käufer fand, erbeten werden; und erfolgt in Preußen wie in Oesterreich ohne Weiteres, wenn der Gläubiger bei der Versteigerung das Meistgebot gethan.

Das Handelsgesetzbuch eröffnet nun bei Realisirung kaufmännischer Faustpfänder neben dem gewöhnlichem landesgesetzlichen Verfahren folgende Wege zur Auswahl für die Gläubiger:

Sobald der Schuldner im Verzuge ist, darf der Gläubiger

310 1. wenn die Pfandbestellung schriftlich erfolgt war, unter Einreichung der Bescheinigungen bei seinem zuständigen Handelsgerichte den Verkauf nachsuchen, welcher, sofern die Bescheinigungen in Ordnung befunden werden, auf seine Gefahr ohne Anhörung des Schuldners sogleich veranlaßt wird,[30]

311 2. wenn schriftlich vereinbart war, daß er sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Pfande befriedigen könne, dasselbe öffentlich und, sofern dasselbe einen Börsenpreis oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum Tagespreis verkaufen lassen.[31]

---

[29]) l. 3 Cod. de pactis pign. (8, 35). Reichs-Pol.-O. 1577 Tit. 20, §. 5. l. 16, §. fin. Dig. de pignor. (20, 1). Pr. A. L. R. §§. 33 f. C. c. art. 2078. Oesterr. G. B. §. 1371.

[30]) Bayer. Einf. G. Art. 48 ff. 63 Nr. 10. 79.

[31]) Er kann das Pfand zum Tageskurse behalten, doch ist er von einer Aufsicht des Beamten nicht befreit. Dieser muß ihm eine Uebernahmsurkunde ausstellen. Ein Verstoß wider die lex commissoria (Note 29) liegt hierin nicht, der Gläubiger kauft erst nach dem Zahlungstage.

In beiden Fällen hat er sofort den Schuldner von Vollziehung, im ersteren auch von Verfügung des Verkaufes zu benachrichtigen. Unterläßt er dies, so muß er, vorbehaltlich seines Einwandes, daß es „nicht thunlich“ war, Ersatz für den daraus erwachsenen Schaden leisten.

d) Pflichten des Pfandnehmers.

aa) Verwahrung.

§. 88. Das Pfand ist in den Händen des Gläubigers nur zu seiner Sicherheit bestimmt, und muß, wenn die Einlösung erfolgt, herausgegeben werden, wie er es empfangen. Nur soweit dies erweislich ohne sein Verschulden unmöglich wurde, soweit also die Umstände, welche den eingetretenen Schaden veranlaßt haben, durch eine allgemein zu erwartende Aufmerksamkeit nicht abzuwenden waren, ist die Verpflichtung aufgehoben.[32] In diesem Punkte kommen die bürgerlichen Rechte mit dem Grundsatze des Handelsgesetz- 343
buches überein, welches bei der mit mannigfachen Geschäften ver- 367
bundenen Innehabung fremder Güter stets die Sorgfalt eines 380
ordentlichen Geschäftsmannes und von dem Kaufmanne, der ein
Pfand genommen, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes 282
fordert. Hat der Gläubiger das Faustpfand dessen vertragsmäßiger Bestimmung[33] zuwider zu seiner Bequemlichkeit oder zur Sicherstellung für eine eigene Schuld benutzt,[34] so ist ein Schaden, der ohne dies nicht eingetreten wäre, wennschon durch keine Sorgfalt mehr abzuwenden, doch dem Gläubiger zuzurechnen, weil er es dem Zufall ausgesetzt hat.

Der Inhalt der Ersatzpflicht ist für Handelssachen allgemein 283
bestimmt.

---

32) Glück, Pand. 14, S. 68 ff. Sintenis §. 101. v. Holzschuher II, S. 504. Koch, R. d. Ford. II, §. 279. Goldschmidt in seiner Zeitschr. 3, S. 82 f. Pr. A. L. R. §§. 121 f. 188 f. 193, Tit. 20; §§. 35—40, Tit. 14, Th. I. C. c. art. 2080. 1137. 1147. Oesterr. G. B. §§. 459. 1297 f.

33) Bei der Verpfändung von Werthen kann auch der Umsatz der einzelnen Stücke gestattet sein. Siehe unten: Depositum. Vergl. Kuntze, Inhaberpapiere S. 694. Thöl, Entsch. S. 106, H. R. §. 110 und Entsch. des Pr. Ob.-Trib. v. 30. Mai 1857 bei Striethorst 24, S. 347 ff., bei Goldschmidt 2, S. 445.

34) l. 30 Dig. de pign. act. (13, 7). Pr. A. L. R. §§. 123. 131, Tit. 20. C. c. art. 2082. Oesterr. G. B. §§. 459. 460. 1372.

bb) Zurückgabe.

§. 89. Das Pfand mit allen Zubehörungen und Zuwüchsen ist auszutauschen gegen Erfüllung der Verbindlichkeit, für die es haftet. Was im Allgemeinen zur Erfüllung gehöre, ist oben dargestellt. Nur die folgenden Punkte bedürfen einer besonderen Betrachtung:

1. Theilweise Erfüllung berechtigt, auch wenn sie angenommen wird, den Schuldner zur Rückforderung des Pfandes oder eines Theils desselben nur, wo dies bedungen war.[35]

2. Ausgaben des Gläubigers für Erhaltung des Pfandes belasten zwar, sofern sie in dessen Nutzen verwendet sind, den Schuldner, berechtigen aber den Gläubiger höchstens, gleich jedem redlichen Besitzer, bis zu deren Erstattung das Pfand zurückzuhalten; in die Pfandschuld selbst treten sie nur hinein, wo dies bedungen ist. Darüber sind die oft angeführten vier Rechtssysteme einverstanden. Gegen abweichende Deutungen derselben kann der allgemeine Grundsatz, die Pfandverhaftung dem Willen der Kontrahenten anzupassen, um so eher festgehalten werden, als überall nur von einem Zurückbehalten des Pfandes für die Verwendungen gesprochen wird.[36]

---

[35]) Sintenis §. 75. l. 9, §. 3 Dig. l. c. Pr. A. L. R. §§. 175. 177. 178, Tit. 20. C. c. art. 2083. Oesterr. G. B. §§. 1369. 461.

[36]) C. c. art. 2080. Ueber Auslegung dieses Artikels kann kein Zweifel sein. Berlier a. a. O. sagte: Détenteur du gage, le créancier doit veiller à sa conservation, sauf à répéter les sommes qu'il aurait dépensées pour y pourvoir; und Gary: le débiteur est obligé de lui en tenir compte, puisque, sans ces dépenses, il eût perdu sa propriété. Ganz unzweideutig ist das Oesterr. G. B. §§. 333. 471, woselbst nur die gerichtliche Niederlegung gestattet ist. Im gemeinen Recht ist der Grundsatz l. 11 §. 1 Dig. de pign. act.: „Eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pignoraticia" durch l. 8 §. 5 ibid. l. 4. 22 Cod. de usuris (4, 32) und auch durch l. 6 Cod. de pign. (8, 14) nicht beeinträchtigt, denn wenn die letzte Stelle auch dahin auszulegen wäre, daß beim Verkauf des Pfandes der Gläubiger von dem Erlöse die Aufwendungen decken kann, so entspricht dies immer noch dem bloßen Retentionsrecht, und es folgt daraus noch nicht, daß wegen dieser Aufwendungen das Pfand veräußert werden könne. Dies ist gerade für das gemeine Recht von Erheblichkeit, weil hier die unzureichende Zahlung im Zweifel auf die Pfandschuld gerechnet wird. Im Pr. A. L. R. sprechen §§. 164 ff., Tit. 20 nur von einem Retentionsrecht. Hier-

3. Wenn der Gläubiger von einem Dritten Befriedigung nehmen und dafür die Forderung abtreten muß, so geht mit derselben auch das Pfandrecht über. Er besitzt sodann das Pfand im Namen des Dritten, und hat es Diesem auf Erfordern abzuliefern.[37]

4. Mehr als seine Deckung darf der Gläubiger aus dem Pfanderlöse nicht entnehmen, der Ueberschuß gehört dem Schuldner, und unterliegt deshalb den Ansprüchen seiner übrigen Gläubiger. Daher kommt es, daß, unerachtet besonders im Zusammentreffen mit anderen Gläubigern das Pfand die hier als Vorzug erscheinende Sicherung bewähren soll, der Pfandbesitzer, wenn auch seine Forderung noch nicht fällig ist, die gerichtliche Veräußerung des Gegenstandes dulden, und hiezu denselben hergeben muß. Sein Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse geht nicht verloren.

5. Vor der Erfüllung hat der Schuldner Herausgabe des Pfandes nur zu fordern, wenn dies bedungen, oder nach besonderer gesetzlicher Vorschrift das Pfandrecht zur Strafe für den Gläubiger erloschen ist.[38]

6. Bürgschaft.[39]

§. 90. Die Erfüllung kann dem Gläubiger durch Dazwischenkunft eines Dritten versichert werden. In Handelsgeschäften von

---

mit steht §. 210, nach welchem die Aufwendungen aus dem Pfanderlöse zu decken sind, um so weniger in Widerspruch, als der Gläubiger ja berechtigt ist, jede Zahlung aus dem Vermögen seines Schuldners zunächst auf diese durch das Pfand nicht gesicherte Forderung anzurechnen. Diese Art der Rechnung ist auch im Konkurse erlaubt, aber nicht wegen §. 32, sondern wegen §. 33 Nr. 10 Konk. Ord.

37) Vergl. H. G. B. Art. 410.

38) l. 24 §. 3 Dig. de pign. act. (17, 3) und C. c. art. 2082 reden von einem Mißbrauch des Pfandes. Etwas Aehnliches findet sich, auch ohne ausdrückliche Bestimmung, überall. Wenn die Strafgesetze die Konfiskation z. B. des zum Wilddiebstahle gebrauchten Gewehres anordnen, so kann der Wilddieb zwar die Konfiskation, nicht aber die Wegnahme desselben aus seinem Besitze durch den Nachweis hindern, daß es ihm nicht gehöre, sondern verpfändet sei. In Preußen werden nach §. 277 Str. G. B. ausnahmsweise die vom Diebe gebrauchten Jagdgeräthe dem Fiskus zugesprochen, ohne Unterschied, ob sie ihm gehörten oder nicht. — Einen anderen Fall enthält §. 256, Tit. 20, Th. I A. L. R.

39) Puchta, Pand. §§. 403 ff. Sintenis, Syst. §. 129 und in der Zeitsch. f. Zivilr. u. Pr. 10, S. 38 ff. v. Holzschuher III, S. 890 ff. Koch, R. d.

den Formen befreit, welche, bisher schon für Kaufleute erleichtert,
in den verschiedenen Rechtssystemen bestehen, ist eine **Bürgschaft**
vorhanden, wo sich eine auf solche Versicherung gerichtete Willens-
einigung des Dritten mit dem Gläubiger kund giebt; gleichviel ob
dieselbe zu einer geschlossenen Verbindlichkeit hinzutritt, oder — als
ein Kreditauftrag — deren Eingehung herbeiführt; gleichviel ob sie
auf Veranlassung oder ohne Wissen des Schuldners; gleichviel ob
sie unentgeldlich, oder, wie im Handelsverkehre vorauszusetzen, gegen
370 eine Provision geleistet wird. Mit einer besonderen Sorgfalt ist
im einzelnen Falle der bloße Rath von einem Kreditauftrage zu
unterscheiden. Kaufleute fragen, bevor sie neue Verbindungen an-
knüpfen, bei alten Freunden an. Der Anfänger bringt Empfeh-
lungsbriefe von guten Häusern. Hier ist an ein Del Kredere
Stehen — eine Bürgschaft — meistens nicht gedacht, und sodann
ein Anspruch gegen den Empfehlenden, wenn derselbe auch das vor-
sorgliche „ohne Obligo," „ohne Vertretung" weggelassen hatte, un-
zulässig.

Die aus der Natur des Geschäfts sich verstehende Berechtigung
des Gläubigers, bei ausbleibender Erfüllung sich auf deren im Bürg-
schaftsvertrage bestimmten Belauf an den Bürgen oder das von ihm
gegebene Pfand zu halten, ist, nach dem Bedürfniß des Handels-
281 standes, durch das Gesetzbuch bei Bürgschaften in Handelsgeschäften
der Vorausklage gegen den Hauptschuldner, also auch den Einwen-
dungen aus dessen Person enthoben. Der Bürge muß nur wissen,
daß die Reihe, zu zahlen, an ihn gekommen; der Gläubiger hat
ihn also zur Leistung der ausgebliebenen Erfüllung aufzufordern.
Mehrere Bürgen haften solidarisch.

Die abweichenden Bestimmungen der Zivilrechtssysteme kom-
men für den Handelsrichter nicht in Betracht.

Der Bürge kann sich die Forderung, welche er deckt, abtreten
lassen. Ob er ohne dies einen Anspruch gegen den Hauptschuldner,
und ob die abgetretene Forderung in seiner Hand noch Werth hat,
richtet sich nach dem Verhältniß zwischen beiden Schuldnern. Hat

---

Ford. III, §. 366. **Girtanner**, Bürgschaft (Jena 1850). **Beseler**, Deutsch. Pr. R. §. 128. **Thöl**, H. R. §§. 101. 107 ff. **Brinkmann**, H. R. §§. 132 ff. **Fischer**, H. R. §§. 255. 264 ff. **Gelpcke**, Zeitschr. III, S. 48 ff. Pr. A. L. R. §§. 200 ff., Tit. 14, Th. I. C. c. art. 2011 ff. Oesterr. G. B. §§. 1346 ff.

ein solches nicht bestanden, so treten die Grundsätze von der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag ein.

C. Gesetzliche Sicherung.

1. Selbsthülfe.[40]

§. 91. Das Gesetz bezeichnet gewisse Wege, auf welchen der Einzelnwille des mit Schaden bedrohten Kontrahenten Hülfe findet, und stellt dagegen auch des bösen Schuldners Freiheit, Hausrecht und Vermögen unter seinen Schutz, indem es jede auf kürzeren Wegen Recht suchende Eigenmacht, wo nicht gerade mit Strafe, doch mindestens dadurch bedroht, daß es die schleunigste Wiederherstellung des durch die Friedensstörung verletzten Zustandes gebietet.

Meistens sind die Gerichte, als unparteiische Vertreter der öffentlichen Gewalt, damit betraut, in einem sich ergebenden Widerstreit der Ansprüche das Recht für beide Theile zu finden und festzustellen, doch ist die Anrufung derselben in solchen Fällen erlassen, in denen sie zur Abwendung des Schadens nicht rechtzeitig eintreten könnten, oder die Selbsthülfe nicht durch Eingriff in eine fremde Gewere den Frieden stört.

Manche Staaten haben auch durch Einrichtung von Schiedsämtern[41] — ohne Nöthigung zum Erscheinen für den beklagten Theil — Versuche außergerichtlicher Einigungen begünstigt.

2. Klagerecht.

a) Bedeutung.

§. 92. Für den Zweck des Gläubigers, seine Befriedigung zu erlangen, ist die Feststellung seines Anspruches durch Mandat,

---

[40]) Puchta, Pand. §. 80. Sintenis §. 28. Linde in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 1, S. 392 ff. Sartorius daselbst 20, S. 1. v. Holzschuher I, S. 94. Gad, zur Bestimmung der Grenzen S. 11. 29 und bei Gruchot S. 367. 385. Freiwald, über Nothwehr, in dem Archiv für rechtswissensch. Abhandlungen von Schering 2, S. 46 ff. Pr. A. L. R. §§. 76 ff. Einl. §§. 141 ff., Tit. 7, Th. I. Pr. O. §. 1, Tit. 24; §§. 1 ff., Tit. 31. C. c. 2060. C. d. P. 23 ff. Oesterr. G. B. §§. 19. 344 ff. Verord. v. 27. Okt. 1849.

[41]) Nicht zu verwechseln mit Schiedsgerichten, welche zufolge eines unter den Parteien geschlossenen Vertrages ein für dieselben bindendes Urtheil sprechen. Ueber Schiedsämter in Preußen, Bayern, Schleswig-Holstein vergl., außer den Landesgesetzen, Janke (Berlin 1835), Puchta im Arch. f. z. Pr. 19, Linde, daselbst 20, Völcker, Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 13, Paulsen in Elvers Themis 1.

Anerkenntnißbescheid, Vergleich, Erkenntniß, nur eine, freilich in den meisten Fällen nicht zu umgehende Vorbereitung. Das Verfahren, in welchem sie geschieht, und für welches eine gemeinsame Deutsche Gesetzgebung noch anzustreben bleibt, ist hier nicht abzuhandeln, wohl aber das Recht, eine solche Feststellung nachzusuchen, oder — in den Grenzen dieses Buches — das Recht zur Klage beim Handelsrichter.

Das Klagerecht pflegt man häufig nur, sofern es gesetzlich zusteht, und schon dadurch den anderen Theil zur pünktlichen Erfüllung anregt, also gar nicht zur Ausübung gelangt, als Sicherungsmittel der Erfüllung zu betrachten. Erst in neuerer Zeit bricht sich die Ansicht Bahn, daß jene Feststellung, sobald ein Rechtsverhältniß streitig wird, auch vor dem Verfalltage geschehen könne. Diese Ansicht, welche in der Badischen Gesetzgebung[42] ausgesprochen, in anderen aus ihren Anwendungen, die man als Ausnahmen auffaßte, nicht erkannt wird, hat vor dem Handelsrichter eine bereitwillige Aufnahme zu erwarten, denn dieser fühlt sehr wohl, daß seine Aufgabe nicht ist, einem eingetretenen, oft nicht mehr auszugleichenden Schaden langsam nachzuhinken, sondern die Rechtshülfe, damit sie wirklich abhelfe, annährend in dem Augenblicke der Rechtsverletzung zu gewähren. Zeit und Gewißheit über seine Vermögenslage ist für den Geschäftsmann von höchster Wichtigkeit. Entspinnt sich über die Bedeutung oder den Umfang eines Versprechens Streit, so ist der vermeintlich Berechtigte von einem Nachtheil wirklich schon betroffen. Das streitige Soll entzieht sich seiner Berechnung,
31 und kommt bei der Bilanz nur mit einem vermutheten Werthe in Betracht. Wer ein gutes Recht bestreitet, verletzt dasselbe.

Die Preußische Praxis hat dem Bedürfniß meistentheils entsprochen, wenigstens seit dem letzten Jahrzehnt selten Bedenken getragen, bei einer theilweis unrichtigen, z. B. bei einer vorzeitig angestellten Klage, das Richtige auszusprechen, und die Mehrforderung zurückzuweisen. Das Ober-Tribunal ist hierin vorangegangen.[43]

---

[42]) Pr. O. §. 278.

[43]) Plen. Beschl. v. 19. Mai 1851, Entsch. 21, S. 329 ff., besonders S. 337. Erkennt. v. 26. März 1855 im Archiv v. Striethorst 17, S. 100 ff., wo die Klage auf Anerkennung einer Schuld ausdrücklich gebilligt ist. Vergl. übrigens §. 16, Tit. 28 Pr. O.

In Württemberg und im Königreiche Sachsen verfolgen die höchsten Gerichtshöfe denselben Grundsatz für das gemeine Recht.[44] Ihren Entscheidungen muß beigetreten werden.[45]

Fernzuhalten freilich ist der Gedanke, als dürfe die richterliche Thätigkeit zu einer bloßen Unterhaltung der Parteien dienen. Störung eines begründeten Rechtszustandes ist nothwendige Bedingung der Klage, aber jede Störung.

Die Ansicht der Gegner führt auf ein anderes Mißverständniß, welchem der Handelsrichter am leichtesten entgehen wird. Von der Römischen Eintheilung der Klagen ausgehend, deren großer Werth für die Erkenntniß der an das Aktionenrecht sich anlehnenden Rechtsentwickelung, wie für die Schulung und Schärfung juristischer Auffassung auch heute noch dankbar anzuerkennen ist, kann man sich immer noch nicht entwöhnen, das rechtliche Dasein einer wirklich angestellten Klage davon abhängig zu machen, ob es gelingt, sie im Album des Römischen Prätor aufzufinden; auch nicht einmal die Preußische Praxis, unerachtet hier die bestimmteste Weisung der Gesetze entgegensteht. So erklärt sich, wenn in einem oder dem anderen Falle, in welchem das Rechtsbewußtsein dringend nach Hülfe sucht, der Schüler Justinians bedauernd spricht und schreibt: Hier giebt es keine Klage. Dennoch verkündete derselbe Prätor, auf den

---

44) Seuffert, Archiv 2, Nr. 27; 3, Nr. 304 ff.; 7, Nr. 298; 8, Nr. 247; 10, Nr. 108; 13, Nr. 19.

45) Die von den Gegnern angeführten Stellen der Justinianeischen Sammlung kommen überhaupt nur so weit in Betracht, als sie bonae fidei judicia betreffen, also nicht l. 44 §. 1 Dig. de O. et A. (44, 7) und l. 9 pr. de R. C. (12, 1); die l. 35 de jud. (5, 1) deshalb nicht, weil hier eine Verbindlichkeit noch nicht vorhanden ist. Es bleiben höchstens übrig l. 186 de R. J. (50, 17), §. 2 Inst. de V. O. (3, 15), §. 25 Inst. de inutil. stipul. (3, 19), welche, soweit sie auf bon. fid. jud. bezogen werden müßten, einer vorläufigen Feststellung für den kommenden Verfalltag nicht entgegen stehen. Ueber die Wirkung der plus petitio tempore bei bon. fid. jud. v. Keller, Röm. Ziv. Pr. §. 44 und Litiskontestation §. 56. Eine Rechtfertigung der hier ausgesprochenen, auch neuerdings von v. Wächter, Handb. des Württemb. Priv. R. II, S. 413, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 69 und Anderen vertheidigten Ansicht findet sich in l. 9 §. 5 Dig. de P. A. (13, 7): Der Pfandgeber fordert das Pfand unrichtig vor der Zahlung, aber er bietet diese während des Prozesses an — er zahlt noch nicht einmal — und soll nicht abgewiesen werden.

man sich beruft, er werde alle Verträge schützen, welche nicht gegen Treu und Glauben und nicht gegen die Gesetze verstießen,[46] dennoch kann Niemand leugnen, daß der wechselnde Verkehr dem Richter täglich neue Rechtsverhältnisse vorführt, welche, wennschon sie in veraltete Schulregister sich nicht unterbringen lassen, im Lichte freierer Geister sich den einstens in jenen Registern zu einem zeitgemäßen Ausdruck gelangten höheren Rechtsbegriffen fügen, dennoch muß man eingestehen, daß der Name einer Klage nichts zur Sache thue, und zu einer vollständigen Klage nur gehöre: Der Vortrag des vermeintlich bestehenden Rechtszustandes, die Angabe, wie derselbe

---

46) Auch nahmen schon die Römer zur Zeit Ulpians es nicht so genau mit den Klageformeln, daß das Recht darüber zu Grunde ging. Dies lehrt lex (damnata) 69 pro socio (17, 2), deren Rechtsstoff überall noch heute vor Gericht gebracht werden kann. Ueber die verschiedenen Auslegungen: Glück, Pand. 15, S. 450 ff. Treitschke, Erwerbsgesellschaft §. 65. Leist, in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. 17, S. 351 ff. Einfacher als die bisherigen scheint folgende den Florentiner Text zum Grunde legende Erklärung: die Kläger sagen: Wir haben mit dem Verklagten verabredet, daß er uns bei der Messe das Mahl bereite. Wir haben den Preis bezahlt, er hat die Mahlzeit nicht gegeben. Der Verklagte erwiedert: Das Sachverhältniß ist falsch vorgetragen. Ich stand den Klägern nicht als Verkäufer gegenüber, sondern wir hatten eine Sozietät zum Einkauf des erforderlichen Materials geschlossen. Dazu ist mir Geld gegeben worden. Die Kläger repliziren: Ja, aber die Uebereinkunft ging dahin, daß Verklagter die Geschäftsführung ganz allein besorgen sollte, wir hatten, nachdem wir ihm das Geld zum Einkaufe gegeben, von ihm allein eine Gegenleistung zu empfangen. Er ist dieselbe schuldig nach seinem, wie nach unserem Vortrag. Nun sagt Ulpian, dem nicht entgehen konnte, daß der Einwand des Verklagten eine böswillige Ausflucht war, es hätte zwar können die Sozietätsklage angestellt werden, doch lasse sich die Sache auch so auffassen, als habe Verklagter das Mahl verkauft, also sei auch die angebrachte Klage ex vendito nicht falsch. Da Ulpian, der Verhandlung folgend, dem Verklagten auf seinen Standpunkt nachgegangen ist, um dessen Verhältniß zu den Klägern zu beurtheilen, so bezeichnet er dasselbe als Verkauf, nicht als Kauf.

Hiezu noch zwei Bemerkungen:

a) Die Stellung des Verklagten den Klägern gegenüber, auf welche es ankam, ist von letzteren ausführlich dargestellt in den Worten: Ut unus reliquis nundinas praestaret (wobei Ulpian erläuternd i. e. epulas hinzufügte), eosque a negotio dimitteret. D. h. die Kläger sollen mit dem Geschäft nichts zu thun haben, weder mit den Einkäufen noch mit dem Bereiten des Mahles. Damit stimmt die Basilikaparaphrase überein: καὶ ἀτελεῖς ποιῆσαι.

b) Daß Ulpian die Klage der Käufer „ex vendito" benennt, ist nicht vereinzelt. Vergl. l. 13 §. 25 Dig. de act. emti (19, 1).

verletzt sei, und der Antrag, ihn wieder herzustellen.[47] Der Richter hat sodann — worauf es hier ankommt — zu prüfen, ob der Zustand, aus welchem der Antrag fließt — das Fundament —, wirklich ein Rechtszustand sei, er wird einen solchen aber namentlich durch jeden Vertrag begründet finden müssen, welcher, wennschon ungewöhnlich, nach den allgemeinen Regeln gültig ist.

Nur jener das Leben verneinenden Auffassung kann es zugeschrieben werden, wenn man in unserer der Arbeitstheilung doch sonst geneigten Zeit sich mit Richtern von Fach nicht mehr begnügen will.

b) Aufhebung des Klagerechts.

aa) Rechtskräftige Entscheidung.

§. 93. Das Klagerecht dauert nur so lange, als die Rechtsverletzung fortbesteht. Aufgehoben wird dieses insbesondere durch rechtskräftigen richterlichen Spruch. Denn dieser stellt, vermöge einer ihm aus begreiflichen Gründen der Rechtssicherheit von Alters her gesetzlich zugestandenen Macht, das gesammte in den Streit gelangte Rechtsverhältniß für alle Zukunft fest,[48] und gründet, indem es übertriebene Ansprüche von beiden Seiten abschneidet, ein neues, in welchem der frühere Zustand und dessen Verletzung untergeht. Darum ist es Pflicht des Richters, ebenso für alle Zukunft außer Frage zu setzen, über welches Rechtsverhältniß sein Spruch entschieden hat. Dies kann meistens nur im Zusammenhange des gesammten Erkenntnisses deutlich werden. Der Formenstreit, aus welchem Theile desselben die Antwort auf jene Frage erhellen müsse, um Anspruch auf Unabänderlichkeit zu haben, ist jetzt so ziemlich beigelegt. Den Tenor von den Gründen nicht blos dem Namen nach unterscheiden, was durchaus zweckmäßig ist, und dennoch for-

---

[47]) Mit dem Wesen der Klage hängt nicht zusammen das preußisch-rechtliche Erforderniß der Angabe von Beweismitteln bei Anbringung derselben.

[48]) l. 5 Cod. de re jud. (7, 52), l. 20 Cod. de transact. (2, 4), Pand. Titel de re judicata (42, 1) und de except. rei jud. (44, 2). Sintenis §. 34. v. Savigny 6, S. 350 ff. Schäffer, Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. N. F. 17, S. 247 ff. Förster im Neuen (Arnsberger) Archiv 16, S. 370 ff. Aufsatz bei Gruchot 2, S. 116 ff. 343 ff., und jetzt insbesondere Gruchot selbst in dem nach Niederschreibung des obigen Textes erschienenen Heft 3, Jahrg. 6 seiner Beitr. Pr. Pr. O. §§. 65. 66, Einl. §. 1, Tit. 16. Oesterr. Hrfd. vom 15. Januar 1787.

dern, daß jene Antwort ausschließlich in dem Tenor gegeben werde, ist ein innerer Widerspruch.

Die Bezeichnung des festgestellten Rechtsverhältnisses kann nicht in der Willkür des Richters liegen. Seine Thätigkeit, wesentlich unterschieden von der gesetzgebenden, muß sich in den Grenzen des ihm vorgetragenen Falles halten. Eine dieselben verlassende Entscheidung würde nichtig[49] sein. Weil also gerade nur das in den Streit gelangte Rechtsverhältniß festgestellt wird, ein bestimmter Streit aber wesentlich auch bestimmte streitende Persönlichkeiten voraussetzt, so wirkt die Rechtskraft nur unter denjenigen Personen, welche daran als Parteien Theil genommen — und unter ihren Rechtsnachfolgern.[50] Auf diese kann kein anderer, als der durch das Urtheil begründete Zustand übergehen, weil kein anderer mehr vorhanden ist.

Jene Macht des Richters, ein Rechtsverhältniß unabänderlich festzustellen, hat noch andere Grenzen. Als Ausfluß der Staatsgewalt, in deren Diensten er steht, verbleibt sie innerhalb der angewiesenen sachlichen und räumlichen Gebiete, und begleitet den Richter, der dieselben überschreitet, nicht hinaus. Dagegen muß sie, wenn der Richter sie innerhalb des zugewiesenen Gebietes geübt hat, — wenn er zuständig (kompetent) gewesen ist, — von allen Denen, welche der durch ihn redenden Staatsgewalt Gehorsam schuldig sind, beachtet werden; ja, damit durch mögliche verschiedene Ansichten über die Kompetenz im einzelnen Falle die angestrebte

49) Heffter, Syst. des Röm. u. Deutsch. Z. Pr. §. 476. Strippelmann, die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassel 1862) S. 395 ff. Oesterr. Pr. O. §. 247. Hfd. v. 2. Dezember 1792. Preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 §. 5 N. 10. Ges. v. 20. März 1854 §. 6. C. d. P. art. 141. C. c. art. 5.

50) Die angebliche Ausnahme bei Statusklagen weicht der Erwägung, daß das Familienverhältniß ein höchst persönliches ist, daß alle dabei nicht unmittelbar Betheiligten also keine Parteien bei einem dasselbe betreffenden Rechtsstreite sind, und nicht wegen der etwa entgegenstehenden Rechtskraft, sondern wegen der mangelnden Legitimation abgewiesen werden müssen, wie dem Pand. Titel de agnosc. liberis (25, 4) entsprechend das Preuß. A. L. R. §§. 2 ff., Tit. 2, Th. II, der C. c. art. 312 ff. und das Oesterr. G. B. §§. 156 ff. ergeben.

Keine Ausnahme ist es auch, sondern in den Regeln über die Stellvertretung begründet, wenn ein Erkenntniß über gemeinschaftliches Eigenthum oder in einer Gesellschaftsangelegenheit ergangen, diejenigen Miteigenthümer und Gesellschafter verpflichtet, welche an dem Prozesse nicht unmittelbar Theil genommen haben. Vergl. Art. 764 H. G. B.

Rechtssicherheit nicht leide, ist jedem durch einen einheimischen Richter gefällten Urtheil volle Wirkung verliehen, bis dessen Richtigkeit auf Antrag des verletzten Theiles von der hierfür zuständigen Behörde ausgesprochen ist.[51]

Jene vom Staat ausgehende Macht kann, wiewohl sie allen Völkern, die sich über die rohsten Anfänge sittlicher Entwickelung erhoben haben, gleich nothwendig ist, auf eine Anerkennung im Auslande nur insoweit Anspruch machen, als diese durch gegenseitige Observanz oder auf Grund von Staatsverträgen durch die daselbst geltenden Gesetze gesichert ist.[52] Wo dies nicht geschehen, ist es zum Beispiel möglich, daß dasselbe Rechtsverhältniß von dem persönlichen Richter des Verklagten und im Gerichtsstande des Vertrages wiederholte, und zwar verschiedene Beurtheilung erfahre. Hier wird freilich jeder der beiden Richter auch die Vollstreckung des von dem anderen abgefaßten Urtheils versagen müssen.

Eine solche Absperrung der Staaten gegen die außerhalb von zuständigen Gerichten gefällten Sprüche muß in einer Zeit des lebhaftesten Handelsverkehrs zwischen den gesonderten Nationen als ein großer Uebelstand empfunden werden, ist aber völlig unerträglich inmitten Deutschlands — im Gebiete gemeinsamer Gesetze.

Wenn durch ein Urtheil unter den angegebenen Voraussetzungen ein neuer Rechtszustand begründet ist, so darf auf den früheren von keinem Theile mehr zurückgegangen werden. Die Einwendungen, welche jenem entgegengesetzt werden konnten, treffen nicht mehr zu; und spätere Verletzungen sind durch eine auf das Erkenntniß allein

---

[51]) Dies ist bei den Zweifeln, welche im einzelnen Falle über die Kompetenz des Handelsgerichts bestehen können, von Erheblichkeit.

[52]) Heffter, Europäisches Völkerrecht §. 39. Förster, Klage und Einrede §. 53 und bei Gruchot S. 348. Entsch. des Pr. Ob. Trib. v. 2. Dezember 1837 (Entsch. 3, S. 280) u. v. 5. Mai 1857 (Entsch. 37, S. 394). In Betreff Preußens siehe die Zusammenstellung in v. Rönne, Ergänzungen der Pr. Rechtsbücher zu §§. 4—11, Tit. 7 und §. 27, Tit. 24 P. O., in Betreff Oesterreichs die Manz'sche Ausgabe der Pr. O. zu §. 298. Vergl. C. c. art. 2123. 2128 und C. d. P. art. 546, worin noch der schroffe Satz der Ordonnance v. 1629: non obstant les jugemens (rendus en royaumes et souverainetés étrangères), nos sujets, contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leur droit comme entiers devant nos officiers, bestätigt wird.

Die Kommission zu Nürnberg entwarf ein Gesetz über die von den Deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe.

zu stützende Klage abzuwehren, gegen welche die nach den verschiedenen Prozeßgesetzen jedes Landes als neu zu betrachtenden Einwendungen zugelassen werden müssen.

bb) Verjährung.[53]

Begriff und Wirkung.

§. 94. Bloßes Stillschweigen reicht in der Regel nicht aus, um auf den Willen des Schweigenden einen für seine Rechtsverhältnisse erheblichen Schluß zu gestatten, ebensowenig ein bloßes Reden. Wer eine Rechtsverletzung schweigend aufnimmt, giebt damit nicht zu erkennen, daß er sie ferner dulden, noch wer dagegen sich verwahrt, daß er auf den geeigneten Wegen wirklich Abhülfe suchen werde. Wer es aber dauernd unterläßt, seine Rede an der gesetzlich bezeichneten Stelle anzubringen, gegen den erhebt sich die Vermuthung, daß er in einer oder in der anderen Weise Genugthuung erhalten habe.

Wenn das Preußische Landrecht, der Code und das Oesterreichische Gesetzbuch, wie zur Zeit ihrer Abfassung auch das gemeine Recht, diese Vermuthung dahin verstehen, daß nicht allein die Klage, sondern das derselben zum Grunde liegende Recht erloschen sei,[54]

---

53) Unterholzner, Verjährungslehre (Leipzig 1828) Bd. 2. v. Savigny, Syst. V, §§. 237 ff. Sintenis §. 31, III; §. 32, II. v. Holzschuher I, S. 176 ff. Heimbach in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 1, S. 436 ff. Vermehren daselbst 2, S. 319 ff. v. Vangerow im Archiv f. ziv. Pr. 33, S. 292 ff. Bornemann, System §§. 86 ff. Koch, R. d. Ford. §§. 176 ff. Simon und v. Strampff, Materialien des A. L. R. zu den Lehren von Besitz und Verjährung (Berlin 1836). Pr. A. L. R. §§. 500 ff., Tit. 9. C. c. art. 2219 ff. Oesterr. G. B. §§. 1451 ff. In Betreff der Wechselverjährung z. B. Hoffmann, Borchardt und Kuntze, Deutsches Wechselrecht zu Art. 77 ff. D. W. O.

54) Pr. A. L. R. §§. 501 ff., Tit. 9; §. 7, Tit. 16, Th. I. C. c. art. 2219. 2241. Neben der weitläuftigen Behandlung, welche bei Berathung der prescription die Ersitzung erfuhr, wurde die Verjährung durch Nichtgebrauch fast ganz vergessen, und durch die wenigen allerdings bezeichnenden Worte des Staatsraths Bigot-Préameneu (17. vent. 12) abgefertigt: „Les *obligations s'éteignent* par la prescription lorsque ceux envers qui elles ont été contractées ont négligé, pendant le temps que la loi a fixé, d'exercer leurs droits, sodann: La prescription est fondée sur la presomption d'une liberation effective, und endlich: S'il s'agit de la libération par prescription, cette prescription devient la cause de l'extinction du titre, et alors on prescript contre son titre en ce sens qu'on se libere quoiqu'il y ait un titre. Oesterr. G. B. §§. 1451. 1486.

so rechtfertigt sich doch eine Behandlung der Verjährung an dieser Stelle, weil eine verbreitete, von Savigny neu belebte Schule des gemeinen Rechts ihre Wirkung auf die Aufhebung der Klage beschränkt, und diese als die hauptsächlichste auch von denen anerkannt werden muß, welche ihr noch eine weiter gehende zuschreiben.

Eine Vereinigung der verschiedenen Rechtssysteme und Schulen scheint nicht hoffnungslos, sobald man die Aufgabe nicht darin findet, die Streitfrage mit einer allgemeinen Formel, zum Beispiel „die Klage, oder das Recht verjähre," zu beantworten, sondern sich damit begnügt, die dahinter liegenden praktischen Fragen zu lösen. Es bleiben, wenn alles Fremdartige abgestreift wird, nur zweie übrig:

1. Verjähren Einwendungen?

Zunächst ist der Verwechselung vorzubeugen, als sei Alles, was von Seiten des Verklagten gegen seine Verurtheilung vorgebracht wird, Einwendung. Der sonst wesentliche Unterschied von einem bloßen Bestreiten kann hier außer Betracht bleiben, hervorzuheben aber ist der Unterschied von einer in dem Hauptprozesse zur Verhandlung gezogenen Gegenforderung. Diese hat ihre selbstständige rechtliche Grundlage und eine Beziehung zu der angestellten Klage nur durch das für ihr Bestehen zufällige Zusammentreffen unter den Parteien des Hauptprozesses. Ihre Geltendmachung muß überall, wenn auch deren Formen erleichtert sind, als Klage (Widerklage) betrachtet, und auf diese ohne Zweifel auch die Klagenverjährung angewendet werden. Die Einwendung hat eine innere 911
Beziehung zur Klage. Sie bietet Umstände dar, nach deren Hinzurechnung sich ergiebt, daß das vom Kläger vorgetragene Rechtsverhältniß entweder von Anfang an oder nachträglich eine andere, seine Anträge nicht rechtfertigende Gestalt erhalten habe. Sie gehört also recht eigentlich in das Rechtsverhältniß, aus welchem geklagt wird, mit hinein,[55] wie auch der Römische Prätor dasselbe in einer Klage und Einrede enthaltenden Formel zusammenfaßte. Eine Forderung, und somit eine Klage, besteht nur zu Recht, soweit die-

---

Sächs. R. Haubold §. 276. Ueber den Stand der Streitfrage besonders v. Savigny a. a. O. und Sintenis §. 31 N. 57.

[55]) l. 7 §. 5 Dig. de pactis (2, 14), l. 5 §. 6. l. 8 de doli exc. (44, 4). l. 66 de R. J. (50, 17).

selbe über die Einwendungen hinausreicht. Dies leuchtet insbesondere ein bei Ansprüchen aus lästigen Verträgen, bei denen niemals die Leistung schlechthin, sondern nur nach Abzug der zu gewährenden Gegenleistung den wahren Inhalt der Klage bilden kann. Zwischen beiden Arten von Vertheidigungsmitteln des Verklagten liegt die Kompensation, welche, obwohl aus einem der Klage fremden Rechtsverhältnisse entsprungen, vermöge ihrer aus der Liquidität gewonnenen leichten Natur sich, sobald sie eingetreten ist, in jedes Rechtsverhältniß unauflöslich einschmiegt.

In diesem Sinne ist eine Verjährung von Einwendungen, die Kompensationseinrede[56] mitgezählt, undenkbar, und die Ausdrucksweise der angeführten Gesetzgebungen, welche, nicht ohne Vorbilder in der Römischen Sammlung, das Recht für erloschen erklären, kommt hiebei so wenig in Betracht, daß v. Savigny[57] bemerken durfte, ein Ausspruch neuerer Gesetzgebungen über diese Frage sei ihm unbekannt, und daß die Praxis der Tribunale zu Berlin, Stuttgart und Celle in ihren Resultaten für richtig erachtet werden muß,[58] wonach der Uebernehmer einer Sache einen Anspruch aus Gewährsmängeln nach Verabsäumung der gesetzlichen Frist zwar nicht mehr klagend, wohl aber als Einrede geltend machen kann.

Gerade in Betreff solcher aus Gewährsmängeln herzuleitender Einwendungen enthält das Handelsgesetzbuch besondere Bestimmungen, während es im Allgemeinen der hier entwickelten Anschauung günstig ist. Als ob es absichtlich jenem Schulstreite ausweichen wollte, spricht es in einem Abschnitte von Verjährung
146 der Klagen gegen die Gesellschafter, in einem anderen,

---

[56]) Daß eine verjährte Forderung zur Kompensation nicht geeignet ist, ergiebt sich für das gemeine Recht aus l. 14 Dig. de comp. (16, 2): Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt, und versteht sich nach der angegebenen Wirkung aller Einreden von selbst. Die unverjährbare Kompensationseinrede entsteht, sobald Forderung und Gegenforderung sich, wennschon nur einen Augenblick, unverjährt gegenüber treten. Siehe oben §. 66.

[57]) a. a. O. S. 437.

[58]) Entsch. des Pr. Ob. Trib. v. 2. Febr. u. 15. Juli 1835 Bd. 1, S. 120 ff. Seuffert, Archiv 1, N. 159. Jurist. Zeit. für Hannover 23, Heft 3, S. 93. Für das Gebiet des Code lehrt dasselbe Zachariä §. 649. Anderer Meinung der Oesterr. oberste Gerichtshof in Wien gegen das Oberlandesgericht daselbst. Entsch. vom 12. Juni 1860 bei Goldschmidt 4, S. 446.

welcher mannigfache Verhältnisse aus dem Seerecht betrifft, von
Verjährung der Forderungen, und verordnet es endlich für 906
die Ansprüche des Uebernehmers einer Sache aus mangelhafter Er- 349
füllung bei Kauf, Spedition und Frachtvertrag eine Verjährung 386
der Klagen und der Einwendungen. Diese Verordnung macht 408
sich aber als eine Ausnahme, die den ganz bestimmten Zweck hat, dem säumigen Uebernehmer keine Behufs fernerer Verschleppung erfundenen Bemängelungen zu gestatten, dadurch kenntlich, daß ausdrücklich vor einer Verwechselung der Gewährseinrede mit der im Aussehen ähnlichen, wiewohl wesentlich verschiedenen Einrede
des Betruges gewarnt ist, und daß auch die Gewährseinrede er- 350
halten bleibt, wenn vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist der Uebernehmer an den Gegner Anzeige von dem Vorhandensein des Mangels abgesendet hat.

Diese Ausnahme enthält eine unzweideutige Bestätigung der hier aufgestellten Regel.

2. Kann, was auf eine verjährte Forderung gezahlt ist, zurückgefordert werden?

Daß vor dem Gesetze keine Verpflichtung besteht, eine verjährte Forderung zu bezahlen, ist unbestritten. Damit ist es dem guten Willen des Schuldners überlassen. Dieser kann die Wirkung einer vollendeten Verjährung durch Vertrag, und ohne Frage auch durch eine bewußte Zahlung beseitigen.[59] Wo ein solcher Wille sich nicht ausdrückt, da kann das Gesetz, welches die Verpflichtung des Willens nicht anerkennt, folgerecht auch die Vermuthung, daß ein solcher vorhanden sei, nicht billigen. Der Gläubiger darf daher, was der Schuldner mehrerer Posten zahlte, auf die bereits verjährten ohne dessen Zustimmung nicht anrechnen. Das Gesetz kann ebensowenig den Schuldner, der im Irrthum, also wider Willen eine verjährte Post bezahlte, in einer aus seinem Schutze einmal entlassenen Verbindlichkeit festhalten wollen. Folglich kommt es, wie in allen Vertragsverhältnissen, auf den Willen der Kontrahenten an,

---

[59]) Pr. A. L. R. §. 564, Tit. 9. C. c. art. 2220. 2225. Oesterr. G. B. §§. 1432. 1502. — Eine Ausschließung oder Abänderung einer noch nicht vollendeten Verjährung gilt nicht im gemeinen Recht (v. Savigny a. a. O. S. 411, Sintenis Note 60), im C. c. und in Oesterreich (a. a. O.), — als dem öffentlichen Recht zuwider, ist aber in Preußen unter Beschränkungen (§§. 565 ff., Tit. 9) zugelassen.

und die Antwort auf den Kern der Streitfrage ergiebt sich dahin: Was irrthümlich auf eine verjährte Forderung von dem vormaligen Schuldner gezahlt ist, muß demselben auf Verlangen wieder zugesprochen werden — und zwar nicht allein unter den Gesetzgebungen,[60] welche, wie die Preußische, Rheinische und Oesterreichische davon ausgehen, daß durch Verjährung das *Recht* erlösche, sondern unter allen Rechtssystemen, welche, wie das gemeine Recht, keine entgegenstehenden Vorschriften enthalten, und im Zweifel doch wenigstens
31 in Handelssachen, weil der Kaufmann durch Gesetz verpflichtet, *uneinbringliche*, also auch verjährte Forderungen in seinen Büchern abzuschreiben, in diesen kein Soll mehr findet, auf welches das neue Haben als Deckung bezogen werden könnte.

Erfordernisse.

Zeitverlauf.

§. 95. Zum Wesen der Verjährung gehört der Ablauf einer bestimmten Zeit. Diese wird überall gleichmäßig von dem Tage (nicht dem Augenblicke), an welchem die Klage entstanden ist, berechnet, und schließt den letzten Tag der Frist mit ein.[61] Die Dauer dieser Zeit beruht, wie die Verjährung selbst, auf bestimmten Satzungen, und wurde von jedem Rechtssysteme für besondere Verhältnisse nach den Rücksichten, die sich gerade geltend machten, besonders ausgewählt. Doch findet sich ein gewisser Einklang, sofern die Gesetzgebungen nach Römischem Muster von einer *dreißigjährigen* Verjährung, als der regelmäßigen, ausgehen, und daneben in großer Zahl kürzere Verjährungen von verschiedener Dauer anordnen,[62] wobei die für den Handel erhebliche, auch in das Gesetzbuch übergegangene Richtung hervortritt, in den ihm zugehörigen Sachen die Verjährungsfristen abkürzen. Nicht mit Unrecht, denn

---

60) Für das Rheinische Recht ist anderer Meinung, jedoch ohne Gründe, Zachariä §. 653. Für das Oesterr. Recht ist §. 1432 auf die bewußte Zahlung einer Nichtschuld zu beschränken.

61) Vergl. vornehmlich v. Savigny, Syst. 4, §. 185. Pr. A. L. R. §. 547, Tit. 9. C. c. art. 2261. Oesterr. G. B. §. 903.

62) Vergl. z. B. die umfangreiche Zusammenstellung der Fristen für Preußen bei Kletke, Preuß. Verjährungsrecht (Berlin 1848), wo allerdings bloße Präklusivfristen mit aufgeführt sind; auch Preuß. Einf. Ges. Art. 61 N. 2, und für den Code Zachariä §. 652.

die Annahme, daß eine während der Verjährungsfrist nicht beigetriebene Forderung für gedeckt zu erachten sei, drängt sich besonders stark bei Kaufleuten auf. Sie können die jährliche Bilanz nicht ziehen, ohne jedes einzelne Soll zu würdigen, dessen Beitreibung also kaum ohne guten Grund versäumen, und läge dieser allein darin, daß sie es vorziehen, die Deckung in sich selbst zu suchen.

Ueberall ist ferner eine Fortdauer jenes Zeitverlaufes vorausgesetzt. Auch kommen die Rechtssysteme überein, als Unterbrechung der Verjährung jedes Anerkenntniß, welches der Schuldner dem Gläubiger gegenüber abgiebt, und die Anstrengung des Prozesses zu betrachten.

In letzterer Beziehung streiten freilich die Gemeinrechtslehrer darüber, mit welchem Abschnitte des Verfahrens die Unterbrechung eintrete, dem neueren Prozeßrechte aber entspricht die von der Praxis übernommene Ansicht, die auch bereits im Preußischen Landrechte und im Oesterreichischen Gesetzbuche wiewohl verschiedenen Ausdruck gefunden hatte, daß die Anstellung der Klage vor dem kompetenten Richter zur Unterbrechung der Verjährung genüge.[63] Der Code dagegen behandelt, einer anderen gemeinrechtlichen Ansicht gemäß, erst die Behändigung der Klage als Unterbrechung. Ebenso die Deutsche Wechsel-Ordnung.

Alle Rechtssysteme fordern eine gehörige Fortsetzung des angestellten Prozesses, und wenn in Preußen schon die Anmeldung der Klage als die unterbrechende Handlung bezeichnet ist, so hat man hiebei die Absicht des Anmeldenden, den Rechtsstreit anhängig zu machen, vorausgesetzt,[64] denn nicht von Anmeldung des Anspruches,

---

[63]) Vergl. hierüber auch Bopp im Arch. f. ziv. Pr. 42, S. 97 ff. u. das Königl. Sächs. Gesetz v. 20. Juni 1846, in welches diese Ansicht gleichfalls übergegangen ist.
Eine besondere Vergünstigung gewährt das Pr. Recht (§. 552, Tit. 9) dem Gläubiger, der bei einem ungehörigen Richter anmeldete, dadurch, daß es ihm verstattete, noch innerhalb eines Jahres nach der Zurückweisung den kompetenten Richter anzutreten.

[64]) Die von Koch a. a. O. S. 783 getadelte, aber mißverstandene Entsch. des Ob. Trib. vom 28. Januar 1857 (Bd. 35, S. 31) hatte nur den Zusatz zu einer Anmeldung: „um der Verjährung vorzubeugen“ auszulegen. Das Tribunal fand hierin nicht die Absicht des Erklärenden, den Prozeß wieder ruhen zu lassen. — Der Richter frägt in der Praxis nicht danach, wann der anmeldende Kläger sein Recht weiter verfolgen werde. Dies ist auch seine Sache. Wird die Klage dem-

sondern von Anmeldung der Klage redet das Landrecht. In diesem Gesetze ist der richtige Gedanke mit Klarheit durchgeführt, daß nur eine Handlung, welche die Rechtsverletzung vor Gericht bringt, zur Aufhebung der aus der Versäumniß entspringenden Vermuthung erfordert werde, und wenn keine ferneren Schritte folgen, doch jener erste mit seinen Wirkungen nicht als ungeschehen betrachtet werden könne. Man wird nicht fehlgehen, wenn man diesen vom Code ausdrücklich abgelehnten Gedanken auch im Oesterreichischen Gesetzbuche ausgesprochen findet, wie er im gemeinen Rechte nicht zu verkennen ist.

Es beginnt danach mit dem Tage, an welchem der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, eine neue Verjährung wider ihn. Weil der Anspruch durch bloße Einführung in den Prozeß nicht geändert wird,[65] so kann begriffsmäßig die neue Verjährung von der alten in ihrer Dauer nicht verschieden sein, und die willkürliche Bestimmung Justinians, welche für diesen Fall an die Stelle der dreißigjährigen Verjährung eine vierzigjährige setzte, ist, wennschon sie im gemeinen Rechte noch angewendet werden muß, auf die kurzen Verjährungen, wie solche unter anderen im Handelsgesetzbuche angeordnet sind, nicht auszudehnen.

Wenn die Klage abgewiesen wird, so bleibt jeder Anspruch, der durch die Rechtskraft nicht betroffen ist, von dem Prozesse überhaupt unberührt, findet also auch durch dessen Anstellung vor dem Ablaufe der Verjährung keinen Schutz. Hat, was allerdings überaus gebräuchlich ist, der Richter sich gestattet, den Endbescheid zum Vortheile des Klägers, welcher seinen hervortretenden Anspruch nicht genügend vortrug, durch eine „Abweisung angebrachtermaßen"[66] zu

---

nächst weiter ausgeführt, so zeigt sich die Anmeldung als eine Vorbereitung hierzu; geschieht dies nicht, so läuft die Verjährung ab, und die Anmeldung hatte nur den sodann nicht mehr erheblichen Erfolg gehabt, sie aufzuhalten. Der Plen. Beschl. des Pr. Ob. Trib. vom 6. Juni 1853 (Bd. 25, S. 333) erachtet im Preuß. Recht die Litisdenunziation für geeignet, die Regreßklage gegen den Litisdenunziaten vor der Verjährung zu schützen. Dies erscheint vollkommen richtig, da in dem Hauptprozesse über einen wesentlichen Bestandtheil des Regreßprozesses mit entschieden wird.

[65]) Auch nicht im gemeinen Recht: Heffter, Syst. §. 317. v. Keller, Litiskontestation S. 98 f.

[66]) Gerechtfertigt ist eine „Abweisung angebrachtermaßen" nur sofern die Anstellung einer anderen Klage aus einem neuen Rechtsgrunde vorbehalten werden soll, dies aber braucht nicht ausgedrückt zu werden, weil es sich von selbst versteht.

umgehen, und dem im Prozeßrechte für thatsächliche Begründungen gegebenen Raum zu erweitern, so ist eben über den Anspruch selbst noch nicht entschieden. Dessen Verjährung ist unterbrochen und beginnt aufs Neue nach einem solchen Zwischenurtheil.

Das dem Kläger zugesprochene Recht unterliegt gleich jedem anderen einer Verjährung, und zwar der regelmäßigen, nicht derjenigen besonderen, welche etwa für das frühere nunmehr aufgehobene Rechtsverhältniß der Parteien galt.[67]

Daß die Klage in ihrer Eigenschaft als Unterbrechung der Verjährung durch Anmeldung des Anspruches bei dem Konkurse des Schuldners nicht ersetzt werde, folgt insbesondere daraus, daß solche Anmeldung nicht gegen den Schuldner oder eine ihn vertretende Person, sondern gegen die ihre eigenen Rechte wahrnehmenden anderen Gläubiger gerichtet ist;[68] die Befugniß zur Theilnahme am Konkurse aber bleibt durch die Anmeldung, sofern auch vor deren Anerkennung Seitens der Gläubigerschaft die Klage gegen den Gemeinschuldner verjähren sollte, gesichert, weil durch die Konkurseröffnung von Rechtswegen die Theilung unter die sich meldenden Gläubiger ausgesprochen wird.

Möglichkeit der Klage.

§. 96. Außer dem Erfordernisse des Zeitverlaufes darf nur noch ein einziges eine allgemeine Geltung beanspruchen, das Erforderniß einer Möglichkeit zur Klage,[69] und auch dieses, sofern seine Bedeutung in mannigfacher Verschiedenheit erfaßt wird, nur in einem gewissen Sinne, der zu prüfen bleibt:

---

[67]) Mit Unrecht ist dieser Satz in Hagemanns prakt. Erörterungen 8, S. 194 von Entscheidung der Frage, ob zur Verjährung durch Nichtgebrauch bona fides gehöre, abhängig gemacht, und deshalb für Hannover mit Rücksicht auf die Verordn. vom 29. Oktober 1822 §. 21 (siehe Note 79 bei §. 97) verworfen; denn auch für das zuerkannte Recht ergiebt sich aus einem langen Schweigen des Klägers — hier 30 Jahre — die Vermuthung, daß es gedeckt sei. Der Verjährende behauptet ja nicht, daß die verjährte Forderung niemals bestanden habe. Ueber den Anfang dieser Verjährung in Preußen §§. 559 f., Tit. 9.

[68]) Entsch. des Pr. Ob. Trib. v. 14. Dezember 1858 S. 264. Makover, Studien zur Pr. Konk. Ord. (Berlin 1861) S. 12. Anderer Meinung die Tribunale von Stuttgart und Wien (12. Juli 1859), bei Schletter, Jahrb. 8, S. 50.

[69]) Dem Juristen in dem negativen Satze geläufig: Agere non valenti non currit praescriptio.

1. Die Klage muß entstanden (nata) sein, wenn ihre Verjährung beginnen soll. Dies ist sie, sobald die Rechtsverletzung eintritt,[70] bei Handelsgeschäften also, abgesehen von dem seltenen Falle einer Vorausklage auf Anerkennung des bestrittenen Rechtes, sobald der Schuldner den vertragsmäßigen Zeitpunkt der Erfüllung nicht innehält. Bei unbetagten Verbindlichkeiten fällt dieser mit dem Abschlusse des Vertrages zusammen, wenn auch, wie bei lästigen Verträgen regelmäßig, zur Vollständigkeit der Klage die Behauptung der diesseitigen Erfüllung, oder mindestens deren Anbietung gehört. Die Ausübung des Klagerechts ist hier allerdings an eine Mahnung geknüpft, doch nicht dessen Entstehung. Diese Vorbereitung der Klage, ein Anfang der Geltendmachung des Forderungsrechtes, hängt vielmehr von dem Willen des Gläubigers ab, der dieselbe sogleich beim Abschlusse des Vertrages aussprechen, und sogar die Klage mit derselben verbinden darf. In diesem Falle beginnt also die Verjährung mit dem Abschlusse des Vertrages,[71] doch ist, sofern die Leistung erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist erwartet werden durfte, diese zur Verjährungszeit hinzuzurechnen.[72]

Bei Rechten, welche nicht durch einmalige volle Ausübung erlöschen, vielmehr in einer dauernden Ausübung ihre fortgesetzte Anerkennung finden, ist eine Verjährung ausgeschlossen. Jene Dauer aber soll nicht verewigt werden, darum sind auch die Klagen auf Lösung solcher Verhältnisse unverjährbar.

---

70) Wenn zwischen Ehegatten, zwischen Hauskindern oder Pflegebefohlenen und ihren Eltern oder Vormündern keine Verjährung läuft, so liegt dies daran, daß, während das Verhältniß dauert, die möglichen Klagen nicht anstellbar sind, oder, wie die Klage der Frau auf Alimentirung gegen den sie vernachlässigenden Mann, in jedem Augenblicke neu entstehen.

71) Dieser von der Preuß. Praxis — wie bereits v. Savigny bezeugt — angenommene Satz findet in der Plenar-Entsch. des Preuß. Ober-Tribunals vom 8. u. 13. Januar 1838 (Bd. 3, S. 170 ff.) besonders in dem daselbst mit angeführten Grunde für alle Rechtssysteme Unterstützung, daß, wenn die Verjährung erst nach der Mahnung oder nach Ablauf der Kündigungsfrist beginnen sollte, die Klage noch in den spätesten Zeiten gegen Erben und Erbeserben des Schuldners unter dem Vorgeben, daß eine Kündigung nicht erfolgt sei, angestellt werden könnte. Der Satz ist gleichfalls von den Tribunalen zu Celle und München anerkannt. Vergl. v. Holzschuher a. a. O. S. 184.

72) Es konnte ja von Anfang an nur „auf Leistung nach Ablauf der Frist" geklagt werden. Vergl. Präjudiz N. 681 des Preuß. Ob. Trib. v. 29. Mai 1839.

2. Ueber die Zweckmäßigkeit des von der Preußischen Gesetzgebung im Allgemeinen vorangestellten, auch in Oesterreich bestehenden und begriffsmäßig richtigen Erfordernisses, daß gegen den Gläubiger, welcher von seinem Rechte nicht unterrichtet sein konnte, eine Verjährung nicht anfange, läßt sich streiten. Im gemeinen Rechte ist dasselbe nur bei einzelnen kürzeren Verjährungen anerkannt, bei anderen gesetzlich ausgeschlossen. Im Code beginnt die Verjährung mit der Rechtsverletzung.[73]

Das Handelsgesetzbuch, welches für jede der von ihm angeordneten Verjährungen den Anfangspunkt bestimmt, setzt denselben nur für einzelne, und zwar für solche Fälle in die Wissenschaft des Gläubigers von dem sein Klagerecht begründenden Ereigniß, in welchem eine abweichende Vorschrift den Berechtigten jedem Frevel der Schiffsbesatzung blosstellen würde. Wo dies nicht geschehen, 908
vielmehr jenes Ereigniß als Anfangspunkt bezeichnet ist, darf eine Einwendung des Gläubigers, daß er von demselben keine Kenntniß habe erlangen können, nicht zugelassen werden.

3. Der Gläubiger kann bei eingetretener Verletzung an der Verfolgung des ihm wohlbekannten Rechts gehindert sein.

Liegen die Gründe außer seiner Person, so muß die Verjährung ruhen, auch wenn die Gesetze es nicht ausdrücklich sagen,[74] so bei einem Stillstande der Rechtspflege und bei Moratorien. Die

---

73) Pr. A. L. R. §§. 512 ff., Tit. 9; §§. 54. 55, Tit. 6. Zachariä §§. 651. 652. Oesterr. G. B. §§. 1478. 1489. v. Savigny, Syst. 3, Beil. 8, N. XXV u. XXVI. Arndts in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 14, S. 31.

74) Damit stimmt auch für den Code überein das Pr. Ob. Trib. in der Entsch. vom 5. Juni 1860, bei Striethorst 37, S. 268. — Der Konkurs des Schuldners ist kein Hinderniß der Klage; nicht nach Preuß. Rechte, wie sehr treffend Makover, Studien S. 16 ff. 83 ff. gegen das Ober-Tribunal (in mehreren amtlich und bei Striethorst abgedruckten Entscheidungen) und gegen Borchardt bei Goldschmidt 2, S. 83 a. E. ausführt, und eine ausgebreitete Praxis mit ihm annimmt; auch nicht nach gemeinem Rechte (Seuffert 6, Nr. 118; Renaud bei Siebenhaar 8, S. 320), für welches die Entsch. des Pr. Ob. Trib. v. 12. Septbr. 1861 (v. 6, S. 266 ff.) gleichfalls die entgegengesetzte Ansicht durchführt. Die Gründe, in denen es beiläufig seine Auslegung der Konk. Ord. von 55 als ganz unzweifelhaft bezeichnet, sind jedoch nicht gegen die Wechselklage, sondern gegen die Wechselexekution während des Konkurses gerichtet. Daß eine solche nicht statthaft ist, wie zugegeben wird (Gad, Bestimmung der Grenzen, Note 288), schließt die Klage nicht aus. Vergl. Schletter, Jahrbücher 8, S. 49.

Bestimmung des gemeinen Rechts, daß während der Ueberlegungsfrist der Erben keine Verjährung läuft, ist in die anderen Rechtssysteme nicht übergegangen, sie widerspricht auch der Natur des im Preußischen Landrecht[75] und im Code zur Anerkennung gekommenen Deutschen Erbrechts, wonach im Augenblicke des Anfalles der Erbe an die Stelle des Erblassers tritt.

Hindernisse, welche in der Person des Gläubigers liegen, sind, obwohl hier eine Vertretung möglich bleibt, vielfach den absoluten gleichgestellt:

a) Bei Abwesenheit im Dienste des Staates ruht nach Preußischem und Oesterreichischem Rechte die Verjährung.

b) Bei handlungsunfähigen Personen gehen die Rechtssysteme weit auseinander:

Das gemeine Recht läßt die Verjährung ruhen, während die Klage zusteht einem Unmündigen und, sofern es eine kürzere als 30jährige Verjährung ist, einem Minderjährigen, dem sonst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden müßte.

Das Preußische Recht läßt gegen bevormundete Personen, mit Ausnahme von Verschwendern, eine Verjährung zwar nicht anfangen, wohl aber, wenn sie gegen deren Rechtsvorgänger begonnen hatte, weiter laufen, und schützt sie in diesem Falle nur durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen einem Jahre nach aufgehobener Vormundschaft. Diese Rechtswohlthaten der Bevormundeten finden bei den kürzeren Verjährungen keine Anwendung.[76]

Der Code hemmt gegen Minderjährige und Interdizirte zwar die gewöhnliche Verjährung, läßt aber den kürzeren, von sechs Monaten, einem Jahre und fünf Jahren, freien Lauf.

Das Oesterreichische Gesetzbuch endlich schützt überhaupt nur diejenigen Handlungsunfähigen, Pupillen, Wahn- und Blödsinnige,

---

[75]) Wennschon dieses (§. 386, Tit. 9) den Erben nicht verbindlich macht, sich während der Frist auf Klagen einzulassen, so können solche doch angestellt werden (§§. 32. 33, Tit. 7 P. O.). Für Oesterreich vergl. die Zivil-Jurisdiktionsnorm im Patent vom 20. November 1852 §. 37; für den Code civ. art. 2259.

[76]) Die kurzen Fristen würden sonst ihren ausgesprochenen Zweck, die Unsicherheit des Rechts zu verhüten, welche durch das Hinschleppen von Schuldverhältnissen herbeigeführt wird, verfehlen. Hierin muß der Ansicht des Preuß. Ober-Tribunals in der Entsch. v. 21. November 1846 (Bd. 14, S. 210) mehrfacher Anfechtungen unerachtet beigetreten werden.

denen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind. Die Verjährung beginnt nicht gegen diese, und endet, wenn sie gegen deren Rechtvorgänger angefangen hatte, nicht früher als zwei Jahre nach gehobenem Hindernisse.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt zwar allein bei der Verjährung gegen Gesellschafter ausdrücklich, daß sie auch gegen Minder- 149
jährige, bevormundete und juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand laufe, doch findet, wie bezüglich der Minderjährigen bereits ausgeführt ist,[77] im Handelsrechte eine Rücksicht auf die Person des Gläubigers überhaupt nicht Statt.[78] Auf die Sachen kommt es an.

Dies wird zunächst für die vom Gesetze eingeführten Verjährungen nicht bezweifelt werden können. Man darf nicht sagen, daß, weil das Gesetzbuch über jene persönlichen Begünstigungen keine Bestimmungen enthalte, diese aus den Landesgesetzen zu ergänzen seien, denn solche Begünstigungen sind keine nothwendigen 1
Bedingungen jeder Verjährung, ohne welche die vom Gesetze hingestellten nicht lebensfähig oder unverständlich wären, sondern sie sind willkürliche Ausnahmen, an deren Auftreten mit der Verjährung man zwar gewöhnt, deren Trennbarkeit aber von dem Gesetzbuche selbst angezeigt ist. Fehlt nun die Berechtigung, die vom Gesetzbuche eingeführten Verjährungen als unvollkommene, einer Ergänzung durch solche Ausnahmen bedürftige Institute zu betrachten, so scheinen diese im Handelsrechte überhaupt nicht zulässig. Wäre es nur ein einziger Fall, in welchem das Gesetz dieselben ausdrücklich oder stillschweigend ausschlösse, so wäre darauf kein Gewicht zu legen. Das Gesetz führt aber an verschiedenen Stellen erhebliche Verjährungen ohne diese Ausnahmen ein, und bestätigt dadurch

[77]) Oben §. 11, vergl. auch §§. 51 ff. Richtig sagte der Staatsrath Bigot Préameneu zu art. 2278 C. c.: Si un mineur remplit quelqu'un des états pour lesquels l'action est limitée soit à six mois etc., il est juste qu'il soit assujetti aux règles générales de la profession qu'il exerce.

[78]) Es ist wiederholt vor Schlüssen e contrario zu warnen. In keinem Gesetze sicher, sind sie bei solchen, die auf längeren Konferenzberathungen beruhen, ganz unzuverlässig, vollends ungerechtfertigt aber im Handelsgesetzbuche, wo jedes Einverständniß bezeichnet werden mußte, und höchstens zu schließen ist, daß für einen nicht bezeichneten Fall ein Einverständniß nicht stattfand.

die Annahme, daß sie seinem Geiste zuwider sind. Sie sind auch nicht nothwendig, so lange der handlungsunfähige Gläubiger keinen Vormund hat. In der Möglichkeit, daß inzwischen eine Verjährung laufe, liegt nur eine dringende Aufforderung für alle diejenigen Personen, welche auf die Bestellung des Vormundes hinzuwirken haben, sich damit zu beeilen, und für den Nothfall einen einst-
297 weiligen Kurator zu verpflichten. Nicht einmal eine Härte läßt sich
hierin erblicken, wenn man erwägt, daß das Gesetz die wechsel-
seitigen Beziehungen zwischen Handeltreibenden von deren Tode
319 nicht abhängig macht, und daß ein viel kürzeres Stillschweigen, als
bei irgend einer Verjährung entscheidend ist, auf die Rechtsver-
hältnisse des minderjährigen oder abwesenden Erben den wesent-
323 lichsten Einfluß hat. Der Geschäftsinhaber muß eben für alle Fälle,
nicht nur, wenn er verreist, sein Haus beschicken. Hierbei findet er
in der Vorschrift, welche ihn zu bedrohen scheint, daß sein Wille
297 über seinen Tod hinausreicht, die beste Unterstützung.

Guter Glaube.

§. 97. So sehr für alle Rechtsverhältnisse, und insbesondere für das Handelsrecht der gute Glaube (bona fides) anzustreben ist, so wenig ist dessen Anwendung bei der Verjährung durch Nichtgebrauch am Orte. Die Vermuthung, daß der Anspruch gedeckt sei, ist, wie die Versäumniß des Gläubigers, von dem Seelenzustande des Schuldners unabhängig. An diesem in der Natur der Dinge begründeten Satze ist, wie in neuerer Zeit meist zugestanden wird, weder für das gemeine Recht durch die päpstlichen Dekretalen noch für das Preußische etwas geändert. Für die anderen Rechtssysteme ist er nie bezweifelt worden.[79]

---

[79]) Für das gemeine Recht außer den angeführten Schriftstellern auch Entsch. des Ob. A. Ger. zu Jena vom 31. Dezember 1840 bei Seuffert 13, Nr. 80 und des Pr. Ob. Trib. vom 29. Jan. 1842 (Entsch. Bd. 7, S. 264). Für das Pr. Recht steht der Inhalt des §. 269, Tit. 9, A. L. R. nicht entgegen (siehe Note 81 und Suarez in der rev. monit.). Die Hannov. Verordn. v. 29. Oktober 1822 §. 21 bestimmt allerdings: Die gleichfalls streitige Frage: ob bei der Extinktivpräskription bona fides erforderlich sei, wollen Wir dahin entscheiden, daß auch bei der erlöschenden Verjährung, während ihrer ganzen Dauer, der gute Glaube auf Seiten des Verjährenden vorhanden sein muß.

Geltendmachung der Verjährung.

§. 98. Die im Code und in Oesterreich ausgesprochene Regel, daß auf die Verjährung von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen sei, gewinnt auch in der Praxis des gemeinen und des Preußischen Rechts immer mehr an Boden.[80] Sie ist begründet, denn am wenigsten dem Richter steht es an, nach einem aus den Akten sich ergebenden bloßen Schein, daß die Verjährung eingetreten, zu urtheilen, also recht eigentlich ein Vorurtheil an die Stelle des Urtheils zu setzen. Welche Gründe der Verklagte haben mag, unerachtet des in dem Vortrage des Klägers erweckten Scheins, sich auf die Verjährung nicht zu berufen, was ihm ja unbenommen bleibt, ist nicht vorauszusehen. Ihm kann ebensowohl, wie dem Kläger, der dies durch Anstellung der Klage selbst zu erkennen gab, ein Umstand bekannt sein, welcher die Verjährung nicht zum Ende kommen ließ, er kann aber auch unter der Voraussetzung, daß der Anspruch rechtlich begründet sei, die Verjährung nur nicht vorschützen wollen. Das Gesetz läßt die Bezahlung einer verjährten Forderung zu, der Richter darf sie nicht hindern. In Preußen sind überdies die Prozeßgesetze der anderen Ansicht entgegen.

Hat der Verklagte diejenigen Thatsachen angeführt, aus welchen
nach den Gesetzen die Verjährung folgt, zum Beispiel, das der
Klage zum Grunde liegende Geschäft sei Namens einer Handlungs- 114
gesellschaft geschlossen worden, aus welcher er laut Handelsregister 146
seit länger als fünf Jahren ausgeschieden, so ist unstreitig der
Kläger mit den die Verjährung hindernden Thatsachen zu hören,
zum Beispiel, der Verklagte sei, obwohl sein Ausscheiden einge-
tragen worden, im Gesellschaftsverbande geblieben; die Vermuthung 110
aber, welche aus einer regelmäßig verlaufenen Verjährung für das
Erlöschen des Anspruches zu entnehmen ist, zeigte sich den ver-

---

80) Vergl. Bopp a. a. O. S. 199. v. Holzschuher a. a. O. S. 199; für das Preuß. Recht v. Rönne, Ergänz. zu §. 12, Tit. 5 und §. 11, Tit. 9 Pr. O. Das Ober-Tribunal lenkte schon im Plenarbeschl. v. 5. Juli 1852 (Striethorst 5, S. 360) von seiner entgegengesetzten früheren Meinung ab, und sprach sodann in der Sen. Entsch. vom 3. Juni 1856 (Bd. 33, S. 451; Striethorst 21, S. 250) sich offen für die hier und früher bereits von den meisten Obergerichten, von Sommer und Koch vertretene Ansicht aus.

schiedenen Rechtssystemen nicht in gleicher Stärke: Im gemeinen und im Oesterreichischen Rechte wird ein Gegenbeweis überhaupt nicht, im Code aber nur bei den daselbst besonders bezeichneten kürzeren Verjährungen durch Ignoranzeid über die Nichtbezahlung der Schuld gestattet. Im Preußischen Rechte ist der Gegenbeweis zwar als zulässig gedacht, aber von vornherein durch die Bedingungen erstickt, an welche er geknüpft ist.[81] Im Handelsgesetzbuche ist ein solcher Gegenbeweis nicht vorbehalten, und kann bei den durch dasselbe eingeführten Verjährungen um so weniger zugelassen werden, als er mit deren Zwecke in Widerspruch treten würde.

c) Grenzen der Rechtsregeln, denen das Klagerecht unterworfen ist.

Oertliche Grenzen.[82]

§. 99. Der dem Richter vorgetragene Fall kann sich verschieden darstellen, je nachdem er unter dem Lichte dieses oder jenes Gesetzbuches, dieses oder jenes Rechtsinbegriffes, betrachtet wird. Die
1 innere Grenze des Handelsgesetzbuches gegen andere Rechtsgebiete ist gegeben. Zu bezeichnen bleiben zunächst die örtlichen Grenzen, soweit der Handelsrichter sie kennen muß. Ein Handelsgeschäft kann an einem von dem Wohnorte der Kontrahenten verschiedenen Orte geschlossen, an einem anderen zu erfüllen, und wieder an einem anderen vor Gericht gebracht sein. Welches Ortes Recht entscheidet?

---

[81]) Denn der vollständige Beweis, welchen §. 569, Tit. 9 verlangt, daß der Verjährende unredlicher Weise und wider besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung entziehen wolle, ist, weil er ein Urtheil über die rechtliche Bedeutung mannigfacher Thatsachen enthält, durch Eideszuschiebung nicht zu führen. Daß der Schuldner jetzt wisse, die Verbindlichkeit bestehe noch, ist daraus, daß er sie früher einmal eingeräumt, nicht zu folgern. In der Zwischenzeit können alle möglichen Arten der Tilgung, z. B. Expromission, Zahlung durch einen Dritten stattgefunden haben, von deren Nichteintritt Verklagter überzeugt sein müßte, wenn ihm jene Unredlichkeit vorgeworfen werden sollte. Also genügt auch der Beweis eines früheren Anerkenntnisses nicht. Von dem Beweise eines Anerkenntnisses, das die Verjährung unterbricht, ist hier nicht die Rede. — Die Zusammenstellung der beträchtlichen Literatur der Stelle bei v. Rönne, Ergänz.

[82]) Die Literatur dieses Gegenstandes füllt in dem soeben erschienenen neuesten Werke echt Deutschen Fleißes: Das internationale Privat- und Strafrecht von Dr. L. Bar, Hannov. Ger.-Assessor (Hannover 1862, gr. 8. S. 608) mehr als fünf Druckseiten. Beizufügen: Bornemann, Erörterungen im Gebiete des Preuß. Rechts (Berlin 1855).

1. Einig ist man, daß sich die persönliche Befähigung der Kontrahenten zum Abschlusse von Verträgen nach den Gesetzen ihres Wohnsitzes und in dessen Ermangelung nach den Gesetzen ihrer Herkunft richte;

2. einig ferner, daß diejenige Form zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts genügt, welche in den Gesetzen des Abschlußortes vorgeschrieben ist.[83]

3. Streitig ist, nach welchem örtlichen Rechte die Gültigkeit und Wirkung — der Inhalt. — einer Verpflichtung zu beurtheilen sei. Dies bestimmt sich nach dem in jedem Falle zu erfor- 278
schenden Willen der Kontrahenten, vorausgesetzt, daß dadurch kein Widerspruch mit einem für das entscheidende Gericht zwingenden positiven Gesetze hervorgerufen wird.

Zu dem Grundgedanken dieses Satzes, welchen auch Bornemann in Uebereinstimmung mit der Rechtsübung des Preußischen Ober-Tribunals ausführt, bekennen sich die meisten Rechtslehrer, namentlich v. Savigny, sie pflegen aber, wie dieser, insofern abzuweichen, als sie über jenen Willen für gewisse Fälle Vermuthungen aufstellen, welche sie für bindend halten.

4. Ein besonderer Streit besteht darüber, welchen Gesetzen die dem Gläubiger bisweilen gebührenden Nebenrechte unterworfen seien, wenn sich diese auf bestimmte bewegliche Sachen beziehen. Man wollte sie nach dem Wohnsitz der Person beurtheilen, konnte jedoch damit, wie v. Wächter treffend bemerkt, über unklare Vorstellungen nicht hinauskommen, weil bei einem solchen Rechte immer mindestens zwei Personen betheiligt sind, der bisherige Eigenthümer und derjenige, der neuerdings die Sache als Eigenthum oder zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt.[84] Auf der anderen Seite

---

[83]) Oben §. 60, Note 4. Eine abweichende Ansicht bei Gruchot III, S. 112 ff. Die Regel locus regit actum gilt nicht nur von Rechtsgeschäften. Auch die Frage z. B., ob ein Handlungsbuch ordentlich geführt sei, ist nach den Gesetzen zu entscheiden, wo das Buch geführt ist. Die fernere Frage, wie viel ein ordentliches Handelsbuch beweise, gehört dem Prozeßrechte an, ist also nach den Gesetzen des Klageortes zu beantworten (siehe §. 17, Note 52). Damit stimmt auch die Entscheidung des Preuß. Ober-Trib. vom 3. Mai 1845 überein (Bd. 11, S. 378).

[84]) Darum sind auch die Bestimmungen des Preuß. A. L. R. Einl. §. 28 und des Oesterr. G. B. §. 300 nicht ausreichend. Der C. c. enthält Bestimmungen nur in Art. 3 u. 2128, welche hier nicht entscheiden. Der Cod. Max. verordnet

will eine von gewichtigen Schriftstellern vertretene Ansicht das Recht des Ortes, an welchem sich die Sache befindet, entscheiden lassen; man muß aber zugeben, daß dieser Ort ein wechselnder, und deshalb die Regel für den Handel, bei welchem die Waare durch verschiedene Länder und Landesgesetze ihren Weg zu nehmen hat, nicht passend ist. Hier soll es nun dennoch auf den Wohnsitz einer Person ankommen. So lehrt auch v. Savigny. Sein Verständniß wird noch dadurch erschwert, daß er daneben die dingliche Klage dem Rechte des Ortes, an welchem der Prozeß schwebt, unterwirft.

Es ist kein innerer Grund vorhanden, die einzelnen Rechte, welche aus demselben Vertrage erworben werden, nach verschiedenen Gesetzen zu beurtheilen. Bei dem vertragsmäßigen Pfandrecht liegt die Quelle, der Vertrag, zu Tage. Soweit zur Begründung desselben noch eine Form gehört, sind für diese die Rechte des Abschlußortes maßgebend. Die von besonderen Gesetzen zugestandenen Rechte an Sachen, Pfand-, Zurückbehaltungs-, Verfolgungs-Recht,[85] sind den Vertragsverhältnissen der Parteien beigegeben, und von diesen nicht zu trennen. Wenn einmal erworben, sind sie ihrer Bestimmung gemäß, überall, wo das Bedürfniß eintritt, auszuüben, sie müßten denn hiebei mit positiven Gesetzen des Ortes, wo dies geschehen soll, in Widerspruch gerathen. Ein solcher kann in dem wichtigen Falle eines Streites über die Vorzugsrechte verschiedener Gläubiger obwalten. Sodann entscheiden die Gesetze des Ortes, an welchem das Prioritätsverfahren schwebt.

5. Völlig auseinander gehen nicht minder in Praxis und Wissenschaft die Meinungen, nach welchem örtlichen Rechte die Verjährung beurtheilt werden müsse, ob nach dem örtlichen Rechte der Verbindlichkeit — vorbehaltlich des soeben angedeuteten Streites über dieses selbst — oder nach dem Rechte des Ortes, wo die Klage angestellt ist, oder wo Kläger oder Verklagter zu einem früheren Zeitpunkte wohnte oder gegenwärtig wohnt.[86]

---

allerdings für Bayern P. I, cap. 2, §. 17, daß in realibus auf die Rechte in loco rei sitae ohne Unterschied der Sachen, ob sie beweglich oder unbeweglich sind, gesehen werden soll.

85) Vergl. diese Rechte unten §§. 102—104.

86) Vergl. v. Wächter im Arch. f. civ. Pr. 25, S. 411 ff.; Heffter, Völkerr. §. 39, N. 5.; v. Savigny, Syst. 8, S. 274; Bornemann, Erört. S. 113 ff.;

Man gründet die Entscheidung gewöhnlich auf Voraussetzungen, die in sich selbst unrichtig sind.

Einerseits kann nicht behauptet werden, daß die Verjährung *in dem Vertragsrechte* enthalten sei, woraus dann folgen soll, daß die örtlichen Gesetze der Verbindlichkeit maßgebend seien. Es ist oben[87] gesagt worden, daß Einwendungen in das Vertragsverhältniß, aus welchem geklagt wird, mit hineingehören, es giebt aber solche, welche erst nachträglich hineintreten, und nicht von Anbeginn mit der Verbindlichkeit verschmolzen sind. Diesen letzteren ist der Einwand der Verjährung beizuzählen. Mit der Forderung entsteht nur die Verjährbarkeit, ebensowenig aber, wie die Zahlung oder Kompensation, schon die Verjährung. Sie wird nicht zu einem gewissen auf innerer Nothwendigkeit beruhenden Zeitpunkte vollendet, sondern unter Umständen, welche, wie diese Art der Tilgung selbst, beim Abschlusse des Vertrages noch außer der Berechnung der Kontrahenten liegen.

Andererseits erscheint die prozessualische Bedeutung der Verjährung durchaus untergeordnet, und am wenigsten kann man sagen, daß sie *in den Prozeß* gehöre,[88] womit bezielt wird, daß die Gesetze des Klageortes gelten. Sie hat vielmehr sehr wesentlichen Einfluß auf die materiellen Rechte, und äußert dieselben so unabhängig von dem etwa geführten Rechtsstreit, daß diesem nur die Feststellung der vollendeten Thatsache übrig bleibt.

Wenn man von dem Ausgangspunkte, daß die Verjährung den Gesetzen des Streitortes unterliege, deshalb, weil *gewöhnlich* am Wohnsitze des Schuldners geklagt wird, dazu gelangt, die Verjährung *immer* unter das dort geltende Recht zu stellen, so giebt die Folgerichtigkeit eines solchen Schlusses zu erheblichen Bedenken

---

v. *Holzschuher* I, S. 76; *Bar* a. a. O. §. 79, woselbst noch mehr Literatur; auch die unter sich abweichenden Senats-Entscheidungen des Preuß. Ober-Trib. vom 22. Juni 1844 (10, S. 102), 15. Januar 1845 (11, S. 232), 13. April 1848 (Rechtsf. 4, S. 27), 14. Februar 1854 (bei Striethorst 12, S. 135), 12. April 1855 (daselbst 20, S. 8), 30. Oktober 1855 (das. 19, S. 60), 12. Oktober 1858 (das. 30, S. 300), die Entscheidungen der Tribunale von Stuttgart, Darmstadt, Celle bei Seuffert 8, S. 2. 12. 324, 12, S. 446, und der Juristenfakultäten zu Jena v. 19. Oktober 1855, zu Göttingen v. 31. Januar 1857 bei Schletter, Jahrb. 8, S. 48.

87) In §. 94.

88) *Sintenis* §. 7, N. 38.

Anlaß. Es würde ja nunmehr, was vermieden werden sollte, der Prozeßrichter genöthigt sein, wenn der Verklagte unter einem anderen Gesetze wohnte, dieses andere Prozeßrecht anzuwenden.

Für die Gesetze des Wohnsitzes wird aber noch ein selbstständiger Grund angeführt. Man sagt, die Verjährung sei zum Schutze des Schuldners bestimmt, gehöre also mit zu denjenigen Rechten, welche ihm der Staat, unter dessen Frieden er wohnt, gewährleiste. Man kann hinzufügen, daß das Recht auf die vollendete Verjährung mit in Anschlag komme bei des Schuldners wirthschaftlichem Zustande, und dieser nach den Gesetzen seines Wohnortes beurtheilt werden müsse; aber auch die fremden Münzen, welche in seiner Kasse sind, werden nach dem Kurse an seinem Wohnsitze berechnet, und bleiben dennoch fremde Münzen. Ein Recht auf die Verjährung giebt es nur, wenn sie vollendet ist, nicht vorher;[89] und unter welchen Bedingungen sie vollendet werde, das gerade ist die Frage. Der Schutz des Staates schließt nur des Schuldners wirkliche Rechte ein, am wenigsten seinen Anspruch, ein anzuerkennendes fremdes Recht zu kränken; und mit demselben Grunde, wie man von einem Sitze der Schuld am Wohnorte des Schuldners spricht, muß man einen Sitz der Forderung am Wohnorte des Gläubigers zugestehen. Von dem Gläubiger, von seinem Nichtgebrauche, hatte man bei dem ganzen Gebilde der erlöschenden Verjährung auszugehen; versetzt man sich nun allein für diese Frage auf den Standpunkt des Verjährenden, so erscheint ein solcher Uebergang mindestens nicht geboten.

Ebensowenig aber rechtfertigt sich die Annahme, daß die Gesetze am Wohnorte des Gläubigers gelten, weil es, wie gesagt, kein innerer Bestandtheil der Forderung ist, daß sie unter gewissen Bedingungen verjähre.

327 Es bleibt übrig, sich für die Gesetze des Erfüllungsortes zu entscheiden. Die vollendete Verjährung wirkt, als wäre die Forderung in einer oder der anderen Weise gedeckt, sie zeigte sich daher den neueren Gesetzgebungen als eine Art der Tilgung. Diese ausnahmsweise nach anderen Gesetzen zu beurtheilen, als die übrigen Erfüllungsarten, ist kein Grund vorhanden. An dem Erfüllungsorte

146 [89]) Ein Gesetzbuch müßte denn in einem besonderen Falle ein solches anerkennen.

wird abgerechnet, hier stellt sich heraus, wie viel zu leisten und was
zu leisten ist. Die Berechnung und die Zahlung erfolgt in der 336
Landesmünze des Zahlungsortes, aber nicht nur Geldstücke sind als Zahlungsmittel ausgeprägt, die öffentliche Gewalt drückt ihren Stempel nach freiem Ermessen auf alle Werthe, die ihr dazu geeignet scheinen, auf Inhaberpapiere der verschiedensten Anstalten, auf die liquide Gegenforderung, ebenso auf die Verjährung.

In dieser Lösung ist die Verjährung, ihrer öffentlichen Natur entsprechend, vor allen späteren Einwirkungen der Parteien bewahrt, welche etwa Seitens des Klägers durch Auswahl des Klageortes, Seitens des Verklagten durch Wechsel seines Wohnortes geübt werden könnten, und zugleich ein Einklang nicht nur für alle einzelnen Fälle, in denen die Verjährung eingewendet wird, gewonnen, sondern auch mit den bisherigen, nicht zu umgehenden Rechtsbegriffen.

Zeitliche Grenzen.[90]

§. 100. Ueberall wird mit größerem oder geringerem Anspruch auf Ausschließlichkeit eine Regel angenommen, welche in der durch v. Savigny verbreiteten Fassung lautet:

Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze sollen wohlerworbene Rechte unberührt lassen.

Diese Regel gilt nur für den Richter. Als eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers kann sie nicht betrachtet werden, denn für diesen ist sie durch Unterordnung unter das höhere Gebot des Staatswohles aufgehoben,[91] dessen wechselnden Bedürfnissen jedes Gesetz gewidmet ist. Also auch für den Richter kann die Regel durch den Gesetzgeber ausgeschlossen werden. Dies braucht nicht ausdrücklich zu geschehen,[92] die Absicht muß nur erkennbar sein. Sache der

---

[90]) Puchta, Vorles. §. 111. v. Savigny 8, §§. 383 ff. Bornemann, Erörter. S. 1 ff. v. Holzschuher I, S. 38 ff. l. 7 Cod. de legib. (1, 14). C. 13. 2. X. de constit. (1, 2). Pr. A. L. R. Einl. §§. 14 ff., Tit. 3 §. 43. C. c. art. 2. Oesterr. G. B. §§. 5. 8.

[91]) Ob ausgesprochen oder nicht, überall steht neben dem einen Satze: „Das Eigenthum ist unverletzlich" der andere: „Es kann aus Gründen des öffentlichen Wohles u. s. w. entzogen oder beschränkt werden." Vergl. Preuß. Staats-Grundges. vom 31. Januar 1850 Art. 9.

[92]) Wenn es aber auch geschieht, so wirkt das neue Gesetz doch nicht, wo Urtheile, Vergleiche oder Zahlung seinen Gegenstand geändert haben.

Auslegung ist es, sie zu ermitteln. Zuweilen tritt sie in dem Gegenstande selbst hervor. Prozeßgesetze — Verfassung und Verfahren — gehören, wennschon sie für die Verhältnisse der Parteien von Bedeutung sind, wesentlich der öffentlichen Ordnung an. Auch kann nur die Staatsgewalt, welche den Streit entscheiden soll, die Mittel bestimmen, welche ihr dazu nöthig sind. Sie kann dieselben mehr oder weniger in das Ermessen des urtheilenden Richters stellen, nicht aber von den streitenden Parteien abhängig machen. Darüber ist man einig.[93] Zweifel entstehen nur im besonderen Falle, ob ein Gesetz als eine Prozeßvorschrift zu betrachten sei. Dies ist z. B. anzunehmen in Betreff der Fähigkeit einer Handelsfrau vor Gericht aufzutreten und in Betreff der Beweiskraft von Handlungsbüchern auch für Geschäfte, welche vor Einführung des Handelsgesetzbuches geschlossen sind.

Häufig äußert sich die Absicht des Gesetzgebers doch wenigstens in der Fassung des Gesetzes. So pflegen Verbote der Ausfuhr oder der Einfuhr die bereits eingegangenen Rechtsverhältnisse zu treffen. Auch darf die Regel, welche nur für neue Gesetze gegeben ist, auf Erlasse, die sich als bloße Erläuterungen alter Gesetze bezeichnen, nicht angewendet werden.

Sache der Auslegung ist es desgleichen, im einzelnen Falle zu bestimmen, ob ein dem Gesetze gegenüberstehendes Recht ein wohlerworbenes sei. Dies hat für den Geschäftskreis des Handelsrichters selten Schwierigkeiten. Sobald die beiderseitigen Willen der Kontrahenten in der vorgeschriebenen oder verabredeten Form, nach Umständen formlos, sich vereinigt haben, ist zwischen ihnen ein Inbegriff von Rechtsbeziehungen hergestellt, welcher sich nur nach den
279 damals maßgebenden Verhältnissen, Gebräuchen und Gesetzen verstehen,[94] und von Außen ohne Einbruch in ihre wohlerworbenen Rechte nicht ändern läßt. Hierbei ist nur festzuhalten, daß auch durch einen ungültigen Vertrag eine bestimmte Rechtsbeziehung zwischen den Parteien begründet wird, also ein Mangel, welcher die Vollendung hindert, nur mit ihrem Einverständnisse nachträglich

---

[93]) Vergl. z. B. Ihering in der Deutschen Ger. Zeitung 1862 Nr. 49.

[94]) Nach den Gesetzen zur Zeit des Abschlusses bestimmen sich alle rechtlichen Folgen des Vertrages, z. B. die Gewährleistung, die aus verspäteter Erfüllung dem anderen Theile zustehenden Rechte, die Kündigung.

gehoben werden kann. Ein solches ist von Anfang an vorhanden, wenn der Gegenstand des Vertrages dem Verkehre entzogen war, und durch ein neueres Gesetz demselben übergeben ist, denn unter dieser nun eingetretenen Bedingung ist das Geschäft geschlossen;[95] nicht voraussetzen aber läßt sich ein solches Einverständniß, wo es gerade der Willensübereinstimmung an der verbindenden Kraft gebrach, weil die Gesetze zur Zeit des Abschlusses einen der Kontrahenten nicht als handlungsfähig, oder die gewählte Form als unzureichend betrachteten.

Einer besonderen Erwähnung bedarf hier wiederum die Verjährung.[96] Ist diese bereits vollendet, so bleibt der hierdurch begründete Rechtszustand von einem neuen Gesetze, welches eine ähnliche Verjährung nicht mehr gestattet, unberührt. Auf eine noch unvollendete Verjährung ist ein Recht nur in dem Maße vorhanden, wie solches in dem neuen Gesetze anerkannt wird. Daher kann keine ohne besondere Schonung aufgehobene Verjährung, wo sie bereits begonnen hätte, weiter laufen. Andrerseits nimmt eine neu eingeführte Verjährung mit dem Zeitpunkt, an welchem das neue Gesetz in Kraft tritt, ihren Anfang.

Gewöhnlicher ist der Fall, daß nur die Dauer einer bestehenden Verjährung geändert wird.[97] Deren Verlängerung wirkt auf jede laufende Verjährung, doch ist, damit die vom Gesetze festgesetzte Zeit nicht überschritten werde, die bis dahin gelaufene einzurechnen. Nach Abkürzung der früheren Dauer greift der Einwand der Verjährung ohne Zweifel durch, wenn sogar der frühere längere, oder wenn von der Wirksamkeit des ändernden Gesetzes ab der neue kürzere Zeitraum verstrichen ist. In beiden Fällen ist dem Gesetze Genüge geschehen. Dagegen kann dem Schuldner nicht gestattet sein, die kürzere Verjährung von dem Tage, an welchem die alte

---

95) Oben §. 57.

96) Vergl. auch Simon und v. Stramff, Zeitschrift für wissensch. Bearb. des Preuß. Rechts 2, S. 20 ff.

97) Damit nicht zu verwechseln ist der vom Pr. Ob.-Trib. in der Entsch. v. 15. Februar 1850 (19, S. 260) behandelte Thatbestand. Dort war an die Stelle eines bisherigen Rechtsinstituts unter dessen Namen ein ganz anderes — beiläufig auch mit einer neuen Verjährung — getreten, also die Verjährung der bisherigen Forderung nicht geändert worden. Bornemann a. a. O. S. 40.

Verjährung begonnen hat, zu rechnen, denn dadurch käme der Gläubiger in eine schlechtere Lage, als wäre eine neue Verjährung eingeführt, und soweit die Verjährung kürzer ist, muß sie als eine neu eingeführte betrachtet werden.

3. Die Klage auf Sicherstellung.[98]

§. 101. Die richterliche Hülfe kann — darüber ist kein Zweifel — auch zu dem Zwecke angerufen werden, sich der Deckungsmittel für die Zukunft zu versichern. Voraussetzung jeder Hülfe ist eine Schwäche; diese liegt in der Unsicherheit des Schuldners. Die richterliche Hülfe aber tritt nur ein bei Rechtsverletzungen. Daher kann die Unsicherheit des Schuldners nur Grund zur Klage geben, wenn sie zugleich ein Recht des Gläubigers verletzt. Dies ist in doppelter Weise möglich:

1.

Hatte der Gläubiger nicht auf die persönliche Sicherheit des Schuldners allein, sondern mit Rücksichtnahme auf irgend eine in seine Verfügung gestellte Deckung abgeschlossen, so tritt im Verhältniß zu seinem dadurch erworbenen Rechte eine verletzende Unsicherheit ein, wenn sich in der Folge diese Deckung ihm ohne seine Schuld entzieht. Hier kann er Sicherheitsbestellung fordern, nach Umständen darauf klagen. Ein solcher Anspruch steht zum Beispiel dem Wechselnehmer zu, soweit die vorausgesetzte Annahme des Wechsels Seitens des Bezogenen unterbleibt, oder wegen Vermögensverfall des Acceptanten ihren Werth verliert,[99] ein solcher Anspruch ist auch im Handelsgesetzbuche beigelegt:

---

[98]) Kautionen: Glück, Pand. 6, §§. 243 ff. Sintenis §. 35. v. Holzschuher I, S. 98 ff. Pr. A. L. R. §§. 178 ff., Tit. 14, Th. I; §. 70, Tit. 13; §. 1, Tit. 21 Pr. O. C. c. art. 2018. 2020. 2041. C. d. C. art. 120. 151. C. d. P. art. 517 ff. Oesterr. G. B. §§. 237. 520. 1343. 1373. Arrest: Vergl. die Anführungen in Note 28 §. 45, auch Martin, Lehrb. des Proz. §§. 240 ff. Muther, Sequestration und Arrest im R. R. (Leipzig 1856). Seuffert, Archiv 7, 260; 10, 103. Strey, die Lehre von den Arresten und dem Arrestverfahren nach Pr. R. mit Bezugnahme auf das gem. Deutsche R. (Berlin 1859).

[99]) A. D. W. O. Art. 25—29. Dazu Borchardt, Hoffmann, Kuntze, Volkmar und Loewy in ihren Kommentaren, auch Voigt im N. Arch. 1, S. 125 ff. und Novelle 6 der Nürnberger Kommission (S. 46. 62. 79. 95. 100 ihrer Verhandlungen), und ferner A. D. W. O. Art. 61. 98 Nr. 4.

1. dem Gläubiger einer Handelsgesellschaft, wenn nach deren 202
Auflösung unter den bisherigen Genossen die ihnen bis dahin 247
weniger zugängliche Kasse ohne einen Rückhalt für die noch
schwebende oder streitige Forderung ausgeschütttet werden soll;
2. dem Verfrachter, der nicht die volle bedungene Ladung erhält, 579
insoweit ihm dadurch die Sicherheit für die volle Fracht ent- 616
geht, auch bei Auslieferung der geladenen Güter wegen der 583 640
Fracht, sowie wegen der darauf haftenden Beiträge zur großen 590
Haverei, zu den Bergungs- und Hülfskosten und zu den 625
Bodmereigeldern. 732

Unbedenklich ist die vorgetragene Regel auch auf andere nicht gerade ausdrücklich bezeichnete Fälle anzuwenden, zum Beispiel wenn eine kaufmännische Anweisung von dem Bezogenen nicht angenommen, oder wenn der Gläubiger ein bestelltes Pfand dem Eigenthümer oder einem früheren Pfandgläubiger herauszugeben gezwungen wurde. Doch darf die Regel nicht zur Abweichung von einem früher aufgestellten Grundsatze führen: Hatte der Gläubiger sich mit einer bestimmten Sicherheit begnügt, zum Beispiel gewisse kursirende Inhaberpapiere als Pfand, eine Person als Bürgen angenommen, so ist eine Täuschung in deren Werthe ihm selbst zur Last zu legen.[100]

2.

Vertrauen läßt sich nicht erzwingen. Deshalb braucht Niemand
für einen Andern Auslagen zu machen, Verbindlichkeiten zu über- 661
nehmen, oder ein Risiko zu tragen — ohne Deckung. Hat man 733
sich dennoch mit der persönlichen Sicherheit des Schuldners begnügt, so ist zwar die natürliche Veränderlichkeit irdischer Dinge mit in Ansatz gebracht, und deshalb durch eine hieraus sich ergebende Entwerthung kein Recht verletzt, doch wurde wesentlich auf den im Vertragsabschlusse kundgegebenen Willen des Schuldners gerechnet, und die Rechtsverletzung beginnt, wenn dessen Zuverlässigkeit sich

---

100) Oben §. 86. Vergl. l. 3 §. 3 Dig. Ut in possess. legat. (36, 4). Der art. 2020 C. c. schränkt diesen Satz nicht ein: Wenn der Bürge insolvent wird, soll ein anderer Bürge gestellt werden mit der einzigen Ausnahme: où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution, d. h. wenn die Einigung der Parteien diese Person, nicht eine Bürgschaftsstellung im Allgemeinen betraf.

schmälert. Dieser Gedanke ist es, aus welchem sich der dem Römischen Rechte nicht völlig fremde,[101] in Deutschland allgemein anerkannte Arrest rechtfertigt, demselben aber zugleich die Grenze angewiesen ist.

In dem Verhältnisse, in welchem sich die Zuverlässigkeit vermindert, vermehrt sich die Gefahr. Ein augenblickliches Einschreiten ist unerläßlich, wenn überhaupt geholfen werden soll, doch ist andrerseits der Schuldner vor willkürlichen, seinen Kredit bedrohenden Verdächtigungen des Gläubigers zu schützen. Zur Vermittelung beider Anforderungen enthalten die verschiedenen Prozeßgesetze mannigfache Vorschriften. Diese beziehen sich auf die Bescheinigung des Anspruches, für welchen man im Voraus Deckungsmittel sucht, und jener Unzuverlässigkeit des Schuldners, aus welcher die Besorgniß entsteht, daß er bei Einhaltung des regelmäßigen Ganges, die Befriedigung des Gläubigers vereiteln oder doch erheblich erschweren würde. Im Allgemeinen ist die eigentliche Frage des Arrestes (causa arresti), wenn auch einzelne Fälle besonders hervorgehoben sind, dem richterlichen Ermessen unterstellt.[102] Dies wird in kleineren Amtsbezirken seltener irren, denn diejenigen Personen, gegen welche Arrestgesuche eingehen, befinden sich gewöhnlich nicht zum ersten Male vor den Schranken. Es ist hierbei geboten, wenn nicht unzweideutige Gesetze entgegenstehen, die amtlich — wennschon aus anderen Verhandlungen — erlangte Kenntniß zu benutzen, denn es handelt sich hier weniger um einen formellen Richterspruch, als um Ausführung einer in das Leben und die Wohlfahrt der Parteien tief einschneidenden Maßregel. Die Bank des Kaufmanns wird vielleicht durch den Arrestschlag erst gebrochen; der andere, dem ein Arrest versagt ist, vielleicht dadurch zum armen Manne. Insbe-

---

[101]) l. 41 Dig. de judiciis (5, 1); l. 21 §. 3 de appellationibus (49, 1); l. 22 §. 8 soluto matrim. (24, 3). Cujacius observ. XVI, 19 knüpft an l. 10 §. 16 quae in fraudem credit. (42, 8) an: Si debitorem meum — consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id quod mihi debeatur. — Dies ist immer noch ein Hauptfall des Arrestes.

[102]) Wenn Sintenis und viele Andere die ganze Lehre vom Arrest in den Prozeß verweisen, so kann nicht beigetreten werden. Dahin gehört allerdings das Verfahren: die formelle Begründung, die Ausführung, die Verhandlung des Arrestes, und wird deshalb hier nicht dargestellt, aber die Regel, nach welcher der Richter zu entscheiden hat, das Recht auf den Arrest ist privatrechtlicher Natur.

sondere kann dem Handelsrichter ein freieres Ermessen, auf welches im Gesetzbuche vielfach hingewiesen ist,[103] hier nicht bestritten werden; doch gestattet kein Prozeßgesetz der Welt dem außergerichtlichen Gerede unberufener Zungen irgend einen Einfluß. Zu erwägen ist übrigens, daß ein Kaufmann, der eine versprochene oder gesetzmäßige Sicherheitsbestellung verweigert, sich schon dadurch schlecht empfohlen weiß, und bei redlicher Absicht, wenngleich er einem unerwarteten Arrestgesuche sowie der ohne seine Zuziehung ergehenden vorläufigen Verfügung des Gerichts nicht vorbeugen konnte, doch sobald diese ihm mitgetheilt ist, um ihre schleunige Aufhebung herbeizuführen, den Gläubiger befriedigen, wenigstens sicher stellen,[104] oder seinen Konkurs anmelden wird.

An den mit Beschlag belegten Sachen hat der Gläubiger nur Vorzugsrechte, wo ihm die jetzt vereinzelten Landesgesetze solche zugestehen.[105]

4. Gesetzliches Pfandrecht.[106]

§. 102. Die Befugniß, sich bei ausbleibender Erfüllung aus dem Erlöse von Vermögensstücken, welche dem Schuldner gehören, bezahlt zu machen, ist in vielen Fällen, unabhängig von dem Einverständnisse des Schuldners, durch die Landesgesetze unmittelbar mit dem Inhalte verliehen, daß sie dem Berechtigten einen Vorzug vor andern Gläubigern gewährt,[107] und vom Handelsgesetzbuche außerdem an einzelnen beweglichen Sachen des Schuldners für die Ansprüche aus Geschäften zugebilligt, welche diese Sachen in die Hand des Gläubigers brachten:

1. dem Kommissionär am Kommissionsgute, 374

---

103) Siehe die in Note 79 zu §. 74 angeführten Stellen.

104) Cautio est medicina arresti.

105) Ueber den sogen. Sächsischen Arrest: Kori, summarischer Prozeß §§. 96 ff. Haubold, Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. §. 211.

106) Sintenis §. 72. v. Holzschuher II, S. 435. 471 ff. Pr. A. L. R. §. 3, Tit. 20, Th. I. Konk. Ord. §§. 32 ff. Einf. Ges. zu dieser Art. 11, zum H. G. B. Art. 28. 35. 45. C. c. art. 2095 ff. Zachariä §§. 195 ff. Oesterr. G. B. §. 450 und Konk. O. §§. 14 ff.

107) Der Satz des C. c. art. 2093: Les biens du débiteur sont le *gage* commun de ses créanciers, kann, weil ein Pfand ohne Vorzug rechtlich keine Bedeutung hat, nur als eine Redaktionsphrase betrachtet werden.

382 2. dem Spediteur,
409 3. dem Frachtführer,
624 4. dem Verfrachter,
an den zum Transporte übergebenen Gütern,
675 5. dem Verfrachter am Passagiergute,
727 6. den Vergütigungsberechtigten bei der großen Haverei an
733 beitragspflichtigen, in die Hände des sie vertretenden Schiffers
gelangten Gütern,
753 7. den Vergütigungsberechtigten an den aus Seenoth geborgenen
oder geretteten Gütern;
757 sowie den aufgeführten Schiffsgläubigern am Schiffe nebst Zubehör,
758 einschließlich der Bruttofracht für diejenigen Reisen, auf welche
761 ihre Forderungen sich beziehen.[108]

Der Umfang der Ansprüche, auf welche die Pfandsicherheit sich erstreckt, sowie die Rangordnung mehrerer zusammentreffender Pfandrechte unter sich, kann nur bei den besonderen Geschäften richtig gewürdigt werden.

Die Fortsetzung des Besitzes, durch welchen ein gesetzliches Pfandrecht begründet wurde, in der eigenen Hand oder durch Stell-
753 vertretung zu dessen Erhaltung ist ausnahmsweise ganz erlassen bei den aus Seenoth geretteten Gütern, welche ihrer handelsmäßigen Bestimmung so schnell als thunlich zurückgegeben werden müssen. Doch soll das Frachtgut, welches, wie der gewöhnliche Hergang ist, in gutem Glauben an die Zug um Zug erwartete Erfüllung, dem Empfänger abgeliefert wurde, in dessen Besitze dem Pfandrechte des Frachtführers noch drei Tage,[109] die Ladung unter gleichen Verhältnissen dem Pfandrechte des Verfrachters noch dreißig Tage[110] erhalten bleiben.

---

108) Bei Nr. 6 u. 7 ist zu bemerken, daß hier, wie bei der Bodmerei, das dingliche Recht unabhängig von einer persönlichen Forderung entsteht, und diese erst gegen den Empfänger des Pfandes begründet wird. Hierüber, sowie über die Besonderheiten des Pfandrechts der Schiffsgläubiger siehe das Seerecht.

109) Prot. 832 f. 4764.

110) Diese Ausdehnung der Frist schien durch die größeren Verhältnisse des Seehandels geboten. Das Geschäft der Ablieferung, die Untersuchung der Güter, die Prüfung der Frachtrechnung, welche meist erst nach Vollendung der Löschung aufgestellt werden kann, läßt sich selten in wenigen Tagen beendigen. Prot. 2350. Vergl. 3934 ff. — Hierdurch ist §. 33 Nr. 6 der Preuß. Konk. Ord. abgeändert.

Bei Geltendmachung der angeführten Pfandrechte des Handelsgesetzbuches sind von den landesrechtlichen Formvorschriften nur befreit:

1. der Kommissionär, welcher die Veräußerung wie die eines 375
kaufmännischen Faustpfandes betreiben darf, 310
2. der Frachtführer und Verfrachter, denen dieselbe Erleich- 409
terung mit der Maßgabe zusteht, daß die Gegenpartei, wenn 626
sie am Orte anwesend ist, gehört wird.

5. Zurückbehaltungsrecht.[111]

§. 103. Lästige Verträge braucht in der Regel kein Kontrahent vor dem anderen zu erfüllen; gegen jeden Anspruch ist der Rückhalt eigener Befriedigungsmittel unter den Voraussetzungen der Kompensation gestattet; aber auch die Herausgabe einer fremden Sache läßt sich unter Umständen mit dem Einwande verweigern, daß man dieselbe in der eigenen Gewahrsam bis zur Deckung einer Gegenforderung zurückbehalten wolle.

Das Recht hiezu — das eigentliche Retentionsrecht — im Allgemeinen wurde von den Landesgesetzgebungen, da die gemeinrechtliche Lehre über seine Natur und Bedingungen sich nicht einigen konnte,[112] verschiedenartig aufgenommen: in Oesterreich nur bei gleichzeitiger gerichtlicher Niederlegung; in Preußen nur, sofern die Gegenforderung fällig, bescheinigt, auch aus demselben Geschäft entsprungen ist, durch welches der Gegenstand auf rechtmäßige Weise in die ihn nunmehr festhaltenden Hände kam, und hier tilgbar durch Sicherstellung, sobald die Gegenforderung bestritten wird, oder den Werth des Gegenstandes nicht mehr erreicht. Das Rheinische Zivilrecht erlaubt die Zurückbehaltung einer fremden Sache nur in gewissen Fällen wegen Verwendungen auf dieselbe.

---

[111]) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 3 N. 6. Sintenis §. 91. v. Holzschuher I, S. 102—119. v. Vangerow, Pand. §. 382. Bornemann, Syst. I, §. 65. Brinkmann, H. R. §. 32. Cramer im Arch. f. ziv. Pr. 37, S. 305 ff. 415 ff. N. Archiv 1, S. 109 ff. Großkopf, zur Lehre vom Retentionsrechte (Oldenburg 1858). Pr. A. L. R. §§. 172. 536, Tit. 20, Th. I. Konk. Ord. §. 33. C. c. art. 867. 1885. 1948. 2082. Oesterr. G. B. §§. 334. 471.

[112]) Lauterbach, Colleg. Pand. Lib. 16, tit. 2, §. fin. Mevius ad jus Lub. I, 5. art. 13. Voët. com. 16, 2, 20 f. a Puffendorf obs. III, 172. Leyser med. spec. 175.

Im gemeinen Rechte ist die eigenthümliche Natur des Retentionsrechts erst neuerdings klarer geworden,[113] seit die Verwechselung mit anderen Hülfen, besonders mit dem Rückhalte einer Leistung bis zur gegenseitigen Erfüllung, nicht mehr in Uebung ist. Die Römischen Gesetze schützen, indem sie es regelmäßig dem Inhaber wegen seiner Aufwendungen zum Besten der fremden Sache geben, denselben vor einer unfreiwilligen Kreditirung seiner Auslagen. Sie gewähren aber auch in einer besonderen Bestimmung das Recht, ein Faustpfand bis zur Deckung anderer dadurch nicht versicherter Forderungen desselben Schuldners zurückzuhalten. Dieses fand in Oesterreich keinen, in Preußen nur mit äußerster Beschränkung, im Rheinischen Rechte freieren Zutritt.

Gerade die Anschauung, welche sich in jener besonderen Bestimmung kund giebt, ist dem Handelsstande natürlich: Was zwei Geschäftsfreunde von einander haben, darf, wenn eine Einsicht in das gegenseitige Verhältniß, eine Abrechnung, eine Ausgleichung stattfinden soll, nur im Zusammenhange betrachtet werden. Was sie an Geldern von einander haben, wird kompensirt. Das Handelsgut ist, unabhängig von den Eigenschaften, nach welchen seine Brauchbarkeit sich richtet, als solches nur Mittel zum Erwerb, es erscheint dem Kaufmann als Geldeswerth: der Umsatz vollzieht sich, ohne daß es auf den Markt gebracht wird, sogleich in seiner Rechnung. Für sein Rechtsgefühl begründet es also keinen Unterschied, ob er fremdes Geld oder fremdes Handelsgut in Händen hat. In seiner Anschauung steht Kredit gegen Kredit, wird die fremde Sache, sobald ihre bestimmte Aufgabe gelöst ist, zur Deckung für das fremde Soll.

Diese Anschauung, welche bereits an Deutschen Handelsplätzen[115] geläufig war, ist aus dem Oesterreichischen revidirten Entwurfe in

---

[113]) Hierfür ist die Schrift von Großkopf von erheblicher Bedeutung gewesen. Die Resultate sind S. 98 ff. zusammengefaßt.

[114]) Rescriptum Gordianum l. unic. Cod. etiam ob chirogr. (8, 27): Ac si in possessionem fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.

[115]) In Frankfurt (Wechs. u. Merk. O. von 1739 Art. 54; Gutachten der Handelskammer bei Goldschmidt 4, S. 143), Hamburg (Fallitenordnung von 1753 Art. 34), desgl. in Lübeck und Augsburg; auch in denjenigen Oesterr.

das Handelsgesetzbuch[116] eingeführt, auf vielseitige beredte Warnungen jedoch nicht ungemäßigt.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist nunmehr an folgende Erfordernisse[117] geknüpft:

1. Weil nur für Kaufleute ein Bedürfniß, ist es auch nur gegen Kaufleute zugestanden, damit die Kontrahenten nicht ungleich gestellt, und nicht die Konkursmassen von Nichtkaufleuten durch einige kaufmännische Gläubiger ausgebeutet würden. 313

2. Die zu deckenden Forderungen müssen aus beiderseitigen zwischen den Parteien geschlossenen Handelsgeschäften entsprungen, und die zurückzuhaltenden Gegenstände mit dem Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sein.

Hiernach beschränkt sich das Retentionsrecht thatsächlich auf den Fall der laufenden Rechnung,[118] für welchen nicht allein eine verbreitete kaufmännische Ansicht, sondern das allgemeine Rechtsbewußtsein längst ein Herausgreifen einzelner Posten zum Prozesse verworfen hat.

3. Bei Zusammenfassung des Gesammtstandes werden regelmäßig nur fällige Forderungen mitgezählt.

4. Die Zurückbehaltung darf nicht störend in die Verfügungen des Schuldners greifen. Ist der Gegenstand zu irgend einem bestimmten Zwecke in die Hand des Gläubigers gegeben worden, so ist die übernommene Verpflichtung gleich jedem Vertrage zu er-

---

Kronländern, in denen die Wechselordnungen von 1763, 1765 und 1775 gelten. Fischer, H. R. §. 278; v. Stubenrauch, Oesterr. H. R. §. 92; Blodig bei Siebenhaar 5, S. 195 ff.; 6, S. 148 ff.

116) Prot. S. 454—470. 1337—1357. 1420—1423. 4577.

117) Eine selbstverständliche allgemeine Bedingung ist: Man kann nur halten, was man hat. Art. 313.

118) Motive S. 158: „Halten die Parteien eine solche untereinander, so hören die einzelnen Geschäfte auf, vereinzelte zu sein u. s. w. Dieser Auffassung entspricht es, daß Werthe, welche der Eine dem Anderen übermacht, als Deckung wegen aller bisher entstandenen oder noch entstehenden Forderungen aus laufender Rechnung dienen." Vergl. die von Bopp bei Goldschmidt 2, S. 434 mitgetheilte Entsch. des Ob. Appell. Ger. zu Darmstadt v. 22. Juni 1858 und die beiden Urtheile des Ob. Appell. Ger. zu Dresden v. 29. September 1857 daselbst S. 436 ff.; auch oben §. 66.

316 füllen. Auch nach Erledigung der Aufgabe tritt das Retentionsrecht nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben.

314 Das Zurückbehaltungsrecht ist ausnahmsweise erleichtert beim Vermögensverfalle des Schuldners. Ein solcher ist anzunehmen:

1. wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, oder er seine Zahlungen eingestellt hat,
2. wenn fruchtlos in sein Vermögen Exekution vollstreckt oder Schulden halber gegen seine Person Arrest verfügt ist.

Unter dieser Voraussetzung findet das Retentionsrecht auch wegen nicht fälliger Forderungen und gegen die Abrede statt, welche zu einem bestimmten Verfahren mit den Gegenständen verpflichtete, — sofern die angeführten Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

315 Das kaufmännische Retentionsrecht gewährt dem Gläubiger die Vortheile, daß er, wenn der Schuldner auf die ohne Verzug an ihn ergangene Benachrichtigung von Ausübung dieses Rechts nicht anderweite Sicherheit bestellt, bei dem für ihn zuständigen Gerichte klagend den Verkauf der Gegenstände beantragen, und sich aus deren Erlöse vor anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen kann. Diese Vortheile gelten auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners.[119]

6. Verfolgungsrecht.[120]

§. 104. Die Innehaltung einer Sache kann durch fremde Hand geschehen, so lange sich der fremde Wille der eigenen Ver-

---

119) Hier ist der Gläubiger also auch in denjenigen Ländern, in denen sonst die Faustpfänder oder zurückbehaltenen Gegenstände an die Konkursmasse des Schuldners zur Realisirung abzuliefern sind, von dieser Pflicht befreit. Der Verkauf erfolgt beim Gericht des Gläubigers, der Ueberschuß wird zur Konkursmasse übersendet. — Nach Preuß. Recht Einf. Ges. Art. 30. 46 kann das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse über das Vermögen des Schuldners, wie jede Pfandbestellung desselben, angefochten werden. Konk. O. §§. 100. 101. Ges. für das Rheinland v. 9. Mai 1859 Art. 444. 445. Vergl. die Zusammenstellung dieser Vorschriften mit dem Franz. Fallim. G. von 1838 von Güterbock bei Goldschmidt 3, S. 155 ff. Im gemeinen Rechte wird unter Umständen die actio Pauliana anwendbar sein. Siehe oben §. 33 Note 4.

120) Voigt, über die dem Absender einer verkauften oder für Rechnung eines

fügung unterordnet. Eine Art Zurückbehaltung also ist es, wenn die einer fremden Hand zur Uebertragung in eine andere Verfügung anvertraute Sache auf dem Wege angehalten wird. Um sie einzuholen, hat der Absender sie verfolgen müssen. Darum nennt man das Recht hiezu: Verfolgungsrecht.[121] Dasselbe ist im Deutschen Handelsgesetzbuche durch die Bestimmung berührt:

> Der Frachtführer hat den späteren Anweisungen des Absenders 402
> wegen Zurückgabe des Guts oder wegen Auslieferung desselben an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger so lange Folge zu leisten, als er nicht Letzterem nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung den Frachtbrief übergeben hat.

Hier aber, und bei den Vorschriften, welche dem Absender, 416
der die Ladescheine oder Konnossemente weggegeben, die einseitige 661
Verfügung über das geladene Gut absprechen, ist allein die äußere Grenze in Betracht gekommen, bis zu welcher die Verfolgung der Mittelperson geschehen kann. Rücksichten auf deren Vertragsverhältniß und auf die Beziehung des Absenders zu dem bezeichneten Empfänger sind dabei nicht zu nehmen. Ob unter diesen Parteien sich die Verfolgung rechtfertigt, und in welchem Maße sie nach dem Ausscheiden des Zwischenträgers noch zulässig ist, muß nach den Landesgesetzen beurtheilt werden.

Nur ein dem bezeichneten Empfänger (Destinatär) an dem bestimmten Gegenstande bereits zustehendes Recht könnte den Absender verpflichten, der angebahnten Uebergabe freien Lauf zu lassen. Daher bedurfte dieser in den gemeinrechtlichen Ländern, wo die Regel des Römischen Rechts:

Kommittenten eingekauften Waare zustehenden Rechtsmittel, um sich im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Käufers oder Bestellers in deren Besitz zurückzuversetzen. N. Arch. III, S. 249—343. Motive zum Preuß. Entw. des H. G. B. S. 400 ff. Preuß. Konk. Ord. §§. 26. 27. C. c. art. 711. 1138. 1583. 938. C. d. C. art. 577—580. Dazu Rogron. Franz. Fallim. Ges. v. 1838 art. 576. Pardessus 1287 ff. Hamburger Fall. Ord. v. 1753 Art. 25.

[121]) Droit de suite, Stoppage in Transitu. Nach dem Vorgange des C. d. C. führt die Preuß. Konk. Ord. dies Recht unter den Vindikationsansprüchen auf, und nennt es Rückforderungsrecht. Dadurch können irrige Auffassungen über die Natur dieses Rechts veranlaßt werden.

Was ich verkauft habe, geht in das Eigenthum des Empfängers nur über, sofern der Preis bezahlt, sicher gestellt oder kreditirt ist,[122]

in einem strengeren Sinne verstanden und das Kreditiren bei unbetagten Verbindlichkeiten als Ausnahme betrachtet wird, keines besonderen Schutzes. Wo aber die kaufmännische Gewohnheit in solchen Fällen, da nach jener strengeren Ansicht sofortige Zahlung erwartet werden durfte, eine Nachsicht gewährte, welche erst allgemeiner und sodann zu einer Pflicht für den Verkäufer wurde, wo ferner unter Umständen die das Eigenthum des Käufers herstellende Uebergabe
344 durch Ausantwortung der Waare an den Frachtführer als vollendet
345 gilt, wie im gemeinen Rechte,[123] in Preußen und in Oesterreich,[124] wo endlich das Eigenthum der Waare sogar im Augenblicke des Vertragsabschlusses übergeht, wie in England, Nordamerika[125] und Frankreich, konnte der Voraussetzung, welche auch nach Streichung der Römischen Regel in jedem Verkaufe, wenngleich unausgesprochen, liegt, „daß der Käufer den Preis bezahle", ihre Wirksamkeit nur durch Anerkennung eines besonderen Rechts zurückgegeben werden. Die Arrestlegung schafft keinen Vorzug, also gerade in dem Falle keine Hülfe, in welchem hauptsächlich der Schaden droht: bei eingetretenem Unvermögen des Käufers, seinen Gläubigern zu genügen. Auf diesen Fall ist die Befugniß der Verfolgung berechnet. Es gelten jedoch verschiedene Grundsätze darüber, wann ein solches Unvermögen anzunehmen sei. Abweichend von der Englischen Gewohnheit und der Hamburger Fallitenordnung, muß meistens — wie nach der Französischen Gesetzgebung und in Preußen — der Konkurs eröffnet sein. Im Konkurse gestatten einzelne Gesetzgebungen[126] die

---

122) l. 19 Dig. de contr. emt. (18, 1). Vergl. l. 53 ibid. l. 11 §. 2 de A. E. (19, 1). l. 9 §. 3 de pign. act. (13, 7). l. 5 §. 18 de tribut. act. (14, 4). §. 41 Inst. de rerum divis. (2, 1). Vergl. H. R. von Heise §. 15, Bender §. 80, Thöl §. 69, Brinkmann §. 77. Treitschke, Kfk. §. 88.

123) Früher nur, wenn der Frachtführer den Destinatar vertrat. Unten §. 109.

124) Vergl. Pr. A. L. R. §§. 128. 129, Tit. 11, Th. I. Oesterr. G. B. §. 429.

125) Nach den Anführungen von Voigt a. a. O. zu vergl. über England: Ross, Leading cases in the commercial law (1855) Bd. 2; über Amerika: Kent, Commentaries on the American law. Ed. 4. Bd. 2, S. 540 ff.

126) Die Frankfurter Wechs. O. v. 1739 Art. 51, wenn die Waaren innerhalb 8 Tagen vor dem Ausbruche des Konkurses aufgeborgt; die Hamburger

Verfolgung veräußerter Waaren noch bis in die Lagerräume des Schuldners oder seines Stellvertreters. Abgewendet wird sie überall, wenn die Gläubigerschaft den Preis bezahlt. Auch ist sie[127] nirgends gegen Dritte zuzulassen, welche die Waare in gutem Glauben[128] auf Grund des Konnossements, des Ladescheines oder des Frachtbriefes[129] kauften, und gegen Pfandgläubiger nicht ohne Berichtigung der Pfandschuld.[130]

Fallit. O. v. 1753 Art. 24, wenn sie innerhalb 14 Tagen vor dem kundgemachten Fallissement dem Gemeinschuldner verkauft worden sind; das Holländische H. G. B. Art. 232 und das Portugiesische Art. 909 ff. 1219 ff., wenn die Waaren sich noch nicht 30 Tage im Besitze des Falliten oder seines Stellvertreters befinden.

Die im C. c. art. 2102 Nr. 4 dem Verkäufer beigelegte Befugniß, „sans terme" verkaufte, aber nicht bezahlte Mobilien innerhalb 8 Tagen nach deren Ablieferung an den Käufer zurückzufordern, sollte nach der Schlußbestimmung im Handelsrechte nicht gelten, und ist überdies für Frankreich durch art. 550 des Fallim. Ges. v. 1838 en cas de faillite außer Kraft gesetzt.

127) Nach dem Holländischen H. G. B. Art. 238 kann aber der Absender auch vom gutgläubigen dritten Käufer den Preis, welchen dieser dem Falliten noch verschuldet, so weit, bis er gedeckt ist, einfordern.

128) D. h. ohne daß er wußte, der Verkäufer sei in Vermögensverfall und habe den Kaufpreis noch nicht bezahlt, und ohne daß er dies wissen mußte (l. 4 Dig. quod vi aut clam [43, 24]: ne melioris conditionis sint stulti quam periti — damit es Niemand nütze, sich dumm zu stellen). Vergl. die von Voigt S. 316 a. a. O. mitgetheilte Entscheidung des O. A. G. zu Lübeck v. 21. April 1843 in dem Hamburger Falle Israel gegen Gleichmann und Busse.

129) Wenn der Absender Konnossement oder Ladeschein weggegeben hat, ist er nicht mehr legitimirt. — In dem Französischen und Belgischen Rechte betrachtet man zwar connaissements oder lettres de voiture als positive Erfordernisse zum Nachweise der von dritten Erwerbern erhobenen Einwendungen, doch sieht die Praxis von den an die connaissements durch „et" angeschlossenen factures ab, weil solche nirgends als Zeichen der Waarenübergabe ausgehändigt werden. Siehe unten §. 109.

130) Ist in der Preuß. Konk. O. §. 27, wie im Holländischen und Portugiesischen H. G. B. ausdrücklich gesagt, auch von der Französischen Praxis angenommen. Rogron a. a. O. Pardessus 1291.

Zweiter Titel.

Vom Kauf.[1]

I. Begriff.

§. 105. Der Handel erfüllt seine Aufgabe, den Unterschied zwischen Bedürfniß und Befriedigungsmittel auszugleichen, unmittelbar, indem er diese — von seinem Gesichtspunkte: die Waaren — anschafft und veräußert. Soll der Handeltreibende darin seinen Erwerb finden, so muß bei der Veräußerung auf eine Gegenleistung gerechnet sein. Er bezieht die Waare aus einer anderen Hand, welche sie gleichfalls nicht ohne Gegenleistung weggiebt, und nur der Ueberschuß der einen Gegenleistung über die andere ist sein Gewinn — oder sein Verlust. Diesen schnell zu messen und schon im Voraus zu veranschlagen, suchten und fanden die ältesten Völker einen einheitlichen Maßstab. Die fortschreitende Kultur stellte ihn frühzeitig dar in verhältnißmäßig kleinen und dauerhaften Stücken edlen Metalles, deren Gleichheit und Verschiedenheit die Staatsgewalten durch ihre nach dem Grade des ihnen zugewendeten Vertrauens mehr oder minder anerkannten Stempel bezeichneten.[2] Wird

---

[1]) Treitschke, der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach Römischem Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (Leipzig 1838). Puchta, Pand. §§. 360 ff. v. Holzschuher III, S. 644 ff. Sintenis §. 116. v. Gerber, D. Pr. R. §. 174. Beseler, D. Pr. R. III, §. 224. H. R. Heise §§. 14 ff. Bender §§. 76 ff. Thöl §§. 63 ff. Brinkmann §§. 67 ff. Bornemann, Syst. III, §. 173. Koch, R. d. Ford. III, §§. 319 ff. Zachariä §§. 282 ff. Pardessus 267 ff. Oesterr. H. R. Fischer §§. 240 ff. v. Stubenrauch §§. 97 ff. Fick, Stellung einer nur theilweise fehlerhaften Waarensendung zur Disposition des Verkäufers, bei Siebenhaar 8, S. 21—111 u. 129—172. Entgegnung von Goldschmidt in s. Zeitschrift 3, S. 298 ff. und Replik von Fick bei Siebenhaar 9, S. 371 ff.

Inst. Just. III, 23 de emtione et venditione. Dig. 18, 1 u. Cod. 4, 38 de contrahenda emtione etc. Dig. 19, 1 u. Cod. 4, 49 de actionibus emti et venditi. Dig. 18, 6 u. Cod. 4, 48 de periculo et commodo rei venditae. Dig. 18, 5 u. Cod. 4, 44 de rescind. venditione. Preuß. A. L. R. Tit. 11, Th. I, §§. 1—652. C. c. art. 1582—1707. C. d. C. art. 109. Oesterr. G. B. §§. 1045 ff.

[2]) Vergl. Mommsen, Geschichte des Römischen Münzwesens (Berlin 1860)

nun die Gegenleistung von Anfang an nach jenem allgemeinen Maßstab, nach Geld, veranschlagt, so ist, wenn dafür die Waare empfangen, Kauf, wenn sie dafür weggegeben werden soll, Verkauf, und sofern niemals ohne Nehmen ein Geben denkbar ist, in jedem einzelnen Falle gleichzeitig ein Kauf und ein Verkauf vorhanden. Den die Standpunkte des Empfängers und des Gebers umfassenden Ausdruck: Tausch pflegt der Gebrauch auf das Weggeben von Waaren gegen Waaren zu beschränken; für das Verhandeln von Waare gegen Geld bietet die Deutsche Sprache den treffenden Ausdruck: Umsatz dar, doch gewissermaßen schüchtern, als wolle sie ihren Vorzug vor den ärmeren Romanischen Sprachen nicht drückend empfinden lassen.

Es kommt für den Begriff eines solchen Umsatzes nur darauf an, daß die Gegenleistung in Geld veranschlagt, angesetzt, nicht, daß sie demnächst auch in Geld gegeben, ja nicht einmal, daß sie von Anfang an in Geld erwartet werde.[3] Diese Veranschlagung ist dem Handelsstande Bedürfniß, wie Gewohnheit.[4] Dadurch ist das Tauschgeschäft (Baratto) dem heutigen Handelsrechte völlig fremd geworden.

Das Umsatzgeschäft folgt, sofern es zu den Handelsgeschäften gehört, den für diese entwickelten allgemeinen Grundsätzen. Seine besonderen Erfordernisse, auf welche die Willenseinigung sich er- 337
strecken muß, sind im Gesetzbuche angegeben.

Vorrede S. IX ff. Hultsch, Griechische und Römische Metrologie (Berlin 1862) §. 22. v. Savigny, Obl. R. §. 40.

[3]) Das Preuß. A. L. R. §. 46, Tit. 11 und das Oesterr. G. B. §. 1054 sagen nichts Anderes in der Bestimmung, daß der Kaufpreis in baarem Gelde bestehen müsse. Wer bei einem Bankier xy-Aktien gegen yz-Prioritäten entnimmt, kauft die Aktien und verkauft die Prioritäten, mag das Geschäft in Wien oder in Berlin gemacht sein.

[4]) Weil die Waare dem Kaufmanne nur als Geldwerth erscheint, könnte man sagen: „Waare ist Geld.“ Doch ist damit die Rechtswissenschaft ebensowenig bereichert, wie mit dem entgegengesetzten Spruche: „Geld ist Waare.“ Wenn Geld gewechselt wird, so kommen die einzelnen Münzen in Betracht. Diese können wegen ihres veränderlichen Verhältnisses zu anderen Sorten, wegen ihres Kurses, Gegenstand der Spekulation und deshalb, oder auch aus anderen Ursachen, Gegenstand des Kaufes und des Verkaufes sein. Vergl. verschiedene Ansichten von Heyer in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 15, S. 42 ff., Anthes daselbst 18, S. 216 ff.

II. Erfordernisse.

A. Personen.

§. 106. Die Vorschrift, daß ein erkennbar an mehrere Personen gerichtetes Anerbieten zum Verkaufe kein verbindlicher Antrag
337 zum Kaufe sei, kann, als eine Abweichung von den dargestellten Grundvorstellungen des Gesetzbuches — auch des vielfach angefochtenen, aber doch gerechtfertigten Preußischen Landrechts — auf die Stellung der Personen in dem Umsatzgeschäfte nur, soweit die Vorschrift reicht, von Einfluß sein; nicht aber zu anderen Abweichungen insbesondere bezüglich des Irrthums über die Personen, bezüglich der Stellvertretung und des Wechsels der betheiligten Personen führen.[5] Man wird auch eine Verkaufsverbindlichkeit gegen eine erst durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmende Person, wie im Preußischen Rechte, für gültig anerkennen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob der Unterhändler, welcher das Ereigniß bezeichnet, ein Mäkler ist. Die Gründe, welche den vereidigten Mäkler zur Amtsverschwiegenheit verpflichten, werden, zumal wo die Vermittelung von Handelsgeschäften freigegeben ist, häufig auch andere Unterhändler bewegen, die Namen der Kontrahenten bis nach dem Abschlusse des Vertrages geheim zu halten.

B. Waare.

§. 107. Was über die Gegenstände der Handelsgeschäfte gesagt ist, gilt auch hier. Besonders hervorzuheben ist Folgendes:

1.

Man pflegt von der Bestimmtheit des Gegenstandes, als von einem Erfordernisse des Vertrages zu reden, kann dadurch aber die überall gesetzlich zugelassenen Käufe nicht ausschließen wollen über Gegenstände, deren Entstehen beiderseits erwartet oder nur von einer Seite gehofft wird. Der einfachste Fall des Handels, daß der Gegenstand bei Abschluß des Vertrages vorliegt, tritt regelmäßig nur beim Absatze der Kaufleute an ihre Kunden ein; im Großhandel für eigene Rechnung kann die Waare meistens nur durch

---

[5]) Oben §§. 38 (2). 51—55.

Bezugnahme auf eine gegebene Einheit aus dem Gattungsinbegriffe herausgehoben werden. Dies genügt auch. Also nicht die Bestimmtheit der Waare, sondern deren Unterscheidbarkeit ist nöthig. Der Wille der Kontrahenten ist hierdurch nicht eingeschränkt, aber sie wollen nichts, wenn sie nicht wissen, was sie wollen.

2.

Einige Landesgesetze scheinen den Verkäufen fremder Sachen jede Geltung zu versagen,[6] doch ist kein Zweifel, daß die Wirksamkeit solcher Verträge überall gleichmäßig gesichert, wie beschränkt ist:

Nur dem Eigenthümer gegenüber ist der ohne seine Betheili-
gung geschlossene Vertrag hinfällig, aber auch sein Rückforderungs- 306
recht erlischt, wo die Regel Anwendung findet: Hand muß Hand
wahren.[7]

Unter den Kontrahenten entstehen Rechte und Verbindlichkeiten. Ihre Absicht kann gerade dahin gegangen sein, dem Käufer die als fremd bekannte Sache womöglich zu verschaffen. Bei einer Hauptklasse von Geschäften aber, in welchen der gesammte Großhandel sich fast ausnahmslos bewegt, bleibt geflissentlich dahingestellt, ob der Verkäufer die Waare im eigenen Lager habe, und wie er es ausführen wolle, sie dem Käufer zu verschaffen — das sind die Lieferungsgeschäfte. Das Handelsgesetzbuch will sie als Kaufgeschäfte beurtheilt wissen.

C. Preis.

§. 108. Die nach Geld veranschlagte Gegenleistung ist der Preis. So lange eine Einigung darüber nicht stattgefunden, ist kein Kaufvertrag vorhanden. Verbindlichkeiten der Parteien können schon früher begonnen haben. Die Veranschlagung ist meistens ihrem freien Willen überlassen, jedoch fast überall bei gewissen zum Lebensunterhalte besonders unentbehrlichen Gegenständen durch polizeiliche Taxen beschränkbar.[8] Sie geschieht in mannigfacher Weise:

---

6) Preuß. A. L. R. §. 19 a. a. O. C. c. art. 1599.

7) Oben §. 85.

8) Brod-, Fleisch-, Bier-, Apothekerwaaren-Taxen. Vergl. z. B. §§. 72. 73 der Preuß. Verordn. v. 3. Februar 1849. Oesterr. G. B. §. 1059 u. Oesterr. Gew. Ord. §§. 55. 56. Bayer. Biertaxe vom 15. April 1811. Mayer (Württ.

Daß die Gesammtsumme ausgeworfen werde, ist nicht nöthig, wenn nur die Ansätze gegeben sind, nach denen sie sofort berechnet werden kann. Der Anschlag kann erfolgen durch Beziehung auf ein bereits eingetretenes oder ein noch zu erwartendes Ereigniß, etwa nach dem Durchschnittspreise der Waare an einem auswärtigen Markte zur Zeit des Abschlusses oder zu einer späteren Zeit; aber erst, wenn das erwartete Ereigniß eintritt, z. B. wenn diejenigen Personen, in deren Würdigung der Preis gestellt war, ihren Ausspruch thun,[9] ist der Kauf vollendet. Gebunden sind die Kontrahenten allerdings schon vorher, denn auch das Uebereinkommen, in der bezeichneten Weise einen Kauf zu schließen, ist ein Vertrag.[10]

Diese Regeln finden in dem Handel über Quantitäten vertretbarer Sachen ihre sehr gewöhnliche Anwendung. Sobald die Einheit gegeben ist, nach welcher sich die Waare aus ihrer Gattung scheidet, tritt hinlänglich hervor, was die Parteien wollen, doch kann die Vollendung des Umsatzvertrages hier durch die Unbestimmtheit des Preises aufgehalten sein. Ist dieser für eine gewisse Menge solcher Sachen im Ganzen — in Pausch und Bogen — be-

Oberamtmann), Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames Deutsches Recht u. s. w. (Tübingen 1862. S. 500) §. 35. — Die Vorschrift der R. P. O. v. 1577 Tit. 19, §§. 2. 3, welche den Kauf der Früchte auf dem Halme, des Weins am Stocke nur gestattet, wenn der Kaufpreis mindestens den zur Zeit des Kontrakts oder vierzehn Tage nach der Erndte geltenden Marktpreis erreicht, ist aufgehoben in Preußen durch Verordn. vom 9. November 1843.

[9]) In sich nicht recht begründet scheint die Bestimmung des Oesterr. G. B. §. 1057: „Fallen die Stimmen der abschätzenden Personen so verschieden aus, daß der Preis nicht einmal durch wirkliche Mehrheit der Stimmen festgesetzt wird, so ist der Kauf für nicht eingegangen zu erachten"; denn schien die Vorschrift des Preuß. Landrechts, welches in solchem Falle den Durchschnittssatz zum Grunde legt (§. 50), nicht annehmbar, und eine Majorität nothwendig, so läßt sich eine solche bei den verschiedensten Abschätzungen stets erzielen, wenn man, wie die Preußische Kriminal-Ordn. §. 504, von dem richtigen Gedanken ausgeht, daß die entlegensten Stimmen mehr die ihnen zunächst stehende als eine entferntere oder als gar keine Meinung ausdrücken wollen.

[10]) Thöl §. 64. Gruchot, über den Kauf in Pausch und Bogen bei Goldschmidt 3, S. 476 und Andere nennen solchen Vertrag schon einen Kauf, sprechen ihm aber dessen volle Rechtswirkungen ab, und folgen hierin dem Unterschiede des C. c. art. 1585; nicht so Goldschmidt selbst in seiner Zeitschr. 1, S. 80. Fick a. a. O. S. 89 ff.

dungen, so bleibt nichts mehr nachzuholen, mag die Summe für eine räumlich zusammengefaßte Menge oder für eine feststehende Anzahl zu erfüllender Maße sofort benannt sein, oder aus der Anzahl dieser Maße, nach denen der Preis veranschlagt ist, durch Rechnung sich ergeben. Für diese Fälle ordnet das Gesetzbuch an, daß Lieferungsverträge nach den Bestimmungen über den Kauf beur- 338
theilt werden.

Soll aber der Preis für eine Menge Waaren sich nach der noch unbekannten Anzahl gegebener Maßeinheiten richten, welche sie erfüllen wird, so muß diese Anzahl ermittelt werden, bevor der Umsatzvertrag vollendet ist.

Wurde eine Maßeinheit der Schwere angenommen, so berechnet 352
sich der Preis, wenn nicht etwas Anderes bedungen oder an dem Orte der Uebergabe gebräuchlich ist, nach dem Nettogewicht der Waare. Dies stellt sich heraus, wenn man das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) von dem Gesammtgewichte (Brutto- oder Sporkogewichte) abzieht; doch ist — in Ermangelung besonderer Verabredung — nach dem Handelsgebrauche am Orte der Uebergabe zu beurtheilen,

> ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem be- 352
> stimmten Ansatze oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen, ingleichen ob und wieviel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist, oder als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile (Refaktie) gefordert werden kann.[11]

---

[11]) Für die Städte Berlin, Stettin, Magdeburg, Breslau, Leipzig, Elbing, Königsberg, Köln, Danzig, Posen und Halle wurden in der Berliner Konferenz Mitte Mai 1858 auch viele auf die Preis- und Taraberechnung bezügliche Bestimmungen, welche, Mangels abweichender Verabredungen unter den Kontrahenten, die Bedeutung von Usanzen haben sollten, empfohlen. Sie sind bei Goldschmidt 2, S. 197 ff. zusammengestellt, die sehr ausführlichen Vereinbarungen über das Taragewicht nur andeutungsweise. Die Beschlüsse wurden den einzelnen Handelsvorständen am 2. Juni 1858 mitgetheilt. Deren Erinnerungen beantworteten die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft am 28. Dezember 1858 in einer als Manuskript gedruckten Ausführung. Seitdem hat der Handelstag in Berlin von 1860 (vergl. dessen in Berlin bei Schulze erschienene Verhandlungen) nur einige jene Usanzen betreffende Beschlüsse gefaßt. Eine allgemeine Genehmigung der Berliner Vorschläge hat nicht stattgefunden. Die Kaufmannschaften (Korporationen

Dem Gutbefinden des einen Kontrahenten kann die Bestimmung des Preises nicht überlassen sein. In solchem Falle käme überhaupt kein Vertrag zu Stande,[12] weil es im Begriffe der Verpflichtung liegt, daß die Willkür gebunden sei. Man kann nicht sagen, daß, weil nur der Käufer sich zur Zahlung des Preises verpflichtet habe, dem Verkäufer dessen Bestimmung vorbehalten bleiben dürfe, denn, wie bei allen lästigen Verträgen, stehen die gegenseitigen Verpflichtungen in untrennbarer Wechselwirkung; jede wird mit Rücksicht auf die andere eingegangen und vermindert sich um so viel, als die andere zunimmt.

Daher läßt sich in den zahlreichen Fällen, wenn die Bezeichnung des Preises unterblieben ist, oder ungenügend scheint, nicht annehmen, die Parteien haben dieselbe einem einseitigen Ermessen aufgespart. Für einige Fälle ist die Ergänzung vom Gesetze dargeboten:

336 1. Maß, Gewicht, Münzfuß und Münzsorten des Erfüllungsortes sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten;

353 2. ist im Vertrage der Marktpreis oder der Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt, so ist im Zweifel hierunter der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für den letzteren maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben, der mittlere Preis zu verstehen, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergiebt.

---

oder Handelskammern) einzelner Handelsplätze sind mit Feststellung von theilweise gleichen Usanzen selbstständig vorgegangen. Dies ergeben die Akten der Breslauer Handelskammer, deren Inhalt dem Verfasser gütigst mitgetheilt wurde. Die Berliner Vorschläge sind dort anders geordnet, als in dem Goldschmidtschen Abdruck.

12) Die abweichende Ansicht Brinkmanns findet in den beigebrachten Stellen (l. 22 §. 1 Dig. de R. J. [50, 17] u. l. 42 Dig. mdti [17, 1]) keine Unterstützung. Zwischen beiden Ansichten schwankt ein von Thon in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 10, S. 202 ff. mitgetheilter Bescheid der Landesregierung zu Weimar v. 16. Oktober 1834. Wenn dieser schließlich dem Käufer, der die Waare übergeben hat, die Klage der unbenannten Verträge beilegt, so ist darin das Dasein eines Kaufvertrages verneint. Vergl. Cod. Max. P. IV, cap. 1, §. 8, No. 2; §. 16, No. 2 u. Entsch. des O. A. G. zu München von 1856 bei Goldschmidt 4, S. 404.

Für andere Fälle ist auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zurückzugehen. Wird die Waare, wo sie zum Verkaufe kam, zu einem festen und allgemein bekannten Preise abgegeben, so ist die stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter diesen Preis vorauszusetzen. Führt aber die Auslegung zu keinem Ziele, ist z. B. die Preisbestimmung einer künftigen Einigung oder einem anderen nachher nicht eingetretenen Ereigniß vorbehalten, und die Waare dennoch übergeben worden, so rechtfertigt sich, wenn ihre Rückgabe nicht beliebt wird, der Anspruch auf eine durch den Richter nach Anhörung von Sachverständigen festzusetzende Gegenleistung. Ein bloßer Vergleichsvorschlag ist für keinen Theil verbindlich.[13]

279

III. Verbindlichkeiten.

A. Des Verkäufers.

1. Uebergabe.[14]

§. 109. Der Verkäufer soll die Waare nebst Zubehör[15] in die freie Verfügung des Käufers übertragen.[16] Uebergabe ist ein Rechtsgeschäft. Dasselbe fordert immer eine Willenseinigung, die in Erledigung und Aneignung des Besitzes zusammentrifft. Eine räumliche Uebertragung in die Hand des Nehmers ist nicht immer auszuführen; der natürliche Vorgang der körperlichen Uebergabe ist jedoch das Vorbild, dessen Grundzüge sich in jeder Art der Uebergabe finden müssen.

1. Auch die anwesende Waare braucht nicht thatsächlich in die Hand des Käufers gelegt zu werden, selbst wenn ihr Umfang oder

---

13) A. M. Thon a. a. O., welcher annimmt, der Vorschlagende gebe ein ihn bindendes Gutachten ab (arbitrium boni viri). Der Partei darf aber die schwierige Rolle ihres eigenen Sachverständigen oder Richters nicht zugemuthet werden. Das O. A. G. in Dresden 18. August 1859 bei Goldschmidt 4, S. 398 beruft sich zwar auf Thon, gelangt jedoch, wie in seiner früheren Entsch. v. 11. Juni 1858 daselbst S. 399 zu dem Resultate, daß es auf den Beweis der Angemessenheit ankomme.

14) Vergl. auch Gruchot in seinen Beitr. 4, S. 473 ff.; Heydemann Einl. S. 353 ff., woselbst die Lehre vom Besitz unter Angabe von Literatur und Rechtssprüchen des Preuß. Ober-Tribunals behandelt ist. Vergl. oben §§. 83 ff.

15) Oben §. 62, Note 19.

16) Also im Zweifel auf seine Kosten. Siehe §. 116. 351

ihr Gewicht dies zuläßt, nur muß der Einwirkung des Empfängers nichts mehr im Wege stehen. Legt der Kaufmann — die Absicht vorausgesetzt — die Waare auf den Ladentisch, an dessen anderer Seite der Käufer steht, händigt er die Schlüssel zu dem Speicher aus, in welchem das verkaufte Getreide lagert, so ist die Uebergabe geschehen.

Bei Werthpapieren wird die Erledigung des Besitzes zur Ver-
301 fügung des Erwerbers, wenn sie auf Namen lauten, durch Zessionen,
302 wenn sie auf Ordre gestellt sind, durch Indossamente ausgedrückt.

Man pflegte mit v. Martens[17] und Heise einen kaufmännischen Gebrauch zu behaupten, wonach die Uebergabe durch Aufprägen der Hausmarke des Käufers auf die Waare vollzogen werde, doch könnte kein Gebrauch ein bloßes Zeichen an die Stelle des dadurch kund zu machenden Wesens setzen. War mit der Zeichnung die Absicht der Uebergabe nicht verbunden, so ist nicht übergeben, und war die Absicht vorhanden, so ist die Uebergabe durch sie bewirkt, nicht durch das Zeichen. Man läßt auch wohl die Absicht in ihrem Rechte, und will das Zeichen als die erste Handlung des eigenen Besitzes betrachten, doch ist das Zeichnen mehr die Darlegung eines mit dem Besitze nicht nothwendig verbundenen Rechtsanspruches,[18] und kein Gebrauch der Welt könnte das Naturgesetz umstoßen, welches das Preußische Landrecht in die Worte faßt:

---

[17]) Grundriß §§. 15 f. in der von Morstadt kommentirten Ausgabe (Heidelberg 1849). Heise, H. R. §. 15. Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset (l. 14 Dig. de peric. 18, 6). Es folgte Bender, H. R. §. 82, Michelsen, die Hausmarke (Jena 1853) S. 64—68, und Beseler a. a. O. Nr. III, nicht mehr Treitschke, Kf. §. 61. Thöl, H. R. §. 79 tritt dagegen auf, ebenso neuerlich Gruchot a. a. O. S. 481, Stern bei Siebenhaar 7, S. 39; und unter Hinweis auf die Italienische Literatur, besonders auf Lucas de Penna, welcher die zum Theil unschuldige Veranlassung zu jener Behauptung gegeben, G. Dietzel im Jahrb. des gem. Deutschen Rechts 4, S. 263 ff. — Vergl. auch Homeyer, über die Heimath nach altdeutschem Rechte, insbesondere über das Handgemal (Berlin 1852).

[18]) Mehr der Ausdruck der Zueignung, wennschon das Preuß. Landrecht eine solche Bezeichnung auch bei Verpfändung von Holzwaaren zuläßt, wohlverstanden aber nur, wenn die entsprechende Anweisung an die Holzwärter hinzukommt, dergleichen Holz nunmehr für den Pfandgläubiger zu bewahren. §§. 356. 357, Tit. 20, Th. I. Es ist also kein Widerspruch mit dem im Texte angeführten §. 56, Tit. 7 vorhanden.

die bloße Bezeichnung hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen, ermangelt.

Uebergabe ist Uebertragung einer Sache in die Macht des Anderen. Sie kann allerdings dabei in der Hand des Uebergebenden verbleiben, wenn dieser den Besitz nunmehr Namens des Empfängers fortzusetzen verspricht (constitutum possessorium).

2. Unter Abwesenden kann, wenn diese bisher in keiner Rechtsbeziehung standen, nirgends ein Zweifel über den Zeitpunkt obwalten, in welchem Erledigung und Aneignung zusammentreffen, weil die Uebertragung der Waare durch eine Mittelsperson geschieht, und diese nur als Stellvertreter des Absenders oder des Empfängers zu denken ist. Doch ändert sich dies einfache Verhältniß, wenn der Empfänger durch Kauf der auswärtigen Waare seinen Willen bekundet hat, daß ihm dieselbe übersendet werde. Hier[19] betrachten das Preußische Landrecht und das Oesterreichische Gesetzbuch mit der Ausantwortung der Waare an den Zwischenträger die Uebergabe als vollzogen, — wenn der Empfänger auch die Ueberschickungsart bestimmt oder genehmigt hatte, und das Preußische Landrecht setzt außerdem, beim Mangel einer besonderen Anweisung des Käufers, dessen Einverständniß mit jeder durch den Verkäufer ausgewählten ordnungsmäßigen Ueberschickungsart voraus.

Bei Berathung des Handelsgesetzbuches nahm man Anstoß an diesem Grundsatze des Preußischen Rechts, doch blieb mit demselben, obwohl man einige Worte der ersten Lesung strich, die Vorschrift des Gesetzes in bestem Einklang. Diese lautet:

Soll die Waare dem Käufer von einem anderen Orte über- 344
sendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll.

Gilt der Verkäufer, wie auch im Preußischen Rechte, als Stellvertreter des Käufers,[20] wenn er diesem die Waare sendet, so

19) Pr. A. L. R. §§. 128 ff., Tit. 11. Oesterr. G. B. §. 429. Motive S. 138. Prot. S. 632 ff. 1375 ff. Erste Lesung Art. 286.

20) Dies ist ausgeschlossen, wenn die Erfüllung an dem Wohnorte des Käu-

kann er deren Besitz nicht gleichzeitig in eigenem Namen haben, es muß vielmehr jener innere Wechsel des Besitzes vorgegangen sein, den die Rechtssprache Uebergabe durch bloße Willenserklärung (constitutum possessorium) benennt. Der Wille des Verkäufers erhält den für jedes Rechtsgeschäft unentbehrlichen unzweideutigen Ausdruck erst durch die Ausantwortung der Waare an den Zwischenträger. In diesem Augenblicke also vollendet sich die Uebergabe.[21] Die Gefahren, welche man hiervon in der Konferenz für Käufer und Verkäufer befürchtete, sind im Gesetzbuche ausdrücklich abgewendet, ohne daß die Folgerichtigkeit seiner Rechtsgedanken dadurch gestört ist.

a) Die Vollmacht erstreckt sich, wie gleichfalls im Preußischen Rechte, nur auf die erkaufte Waare mit ihren vertragsmäßigen und
347 ihren gesetzlichen Eigenschaften. Andere Waare kann als übergeben
348 erst nach Ablieferung an den Käufer betrachtet werden. Daher
349 wird die Wirksamkeit der Ausantwortung an den Zwischenträger als Uebergabe regelmäßig erst durch stillschweigende oder ausdrückliche Genehmigung des Käufers zur Gewißheit.

b) Nicht die Mittelsperson ist Stellvertreter des Adressaten. Sie überträgt nur die Gewahrsam, welche der Absender an dem Gegenstande, nachdem er seinen Willen des eigenen Besitzes herausgezogen, noch zurückbehielt. Sie hat mit dem Absender allein verhandelt. Auch dieser ist nicht immer Stellvertreter des Empfängers; und die Mittelsperson braucht nicht zu erfahren, ob er's ist. Der

---

fers erfolgen soll, denn hier besorgt der Verkäufer, der die Waare absendet, sein eigenes Geschäft. Das Preuß. und Oesterr. Gesetz konnten sich enthalten, von diesem Ausnahmefall zu reden, weil die Kontrahenten, welche ihn eintreten lassen wollen, dies durch Bestimmung der daraus für sie entstehenden besonderen Rechtsbeziehungen auszudrücken pflegen: z. B. „Sie übersenden auf Ihre Kosten und
345 Gefahr." Im Handelsgesetzbuch ist dieser Fall hervorgehoben.

[21]) Den Annahmen, daß die Uebergabe schon durch Eintragung der Waare in das Versendungsbuch des Verkäufers geschehe (Bornemann, Syst. I, §. 59) oder durch Ertheilung der Faktura (Stern bei Siebenhaar 7, S. 28 ff. und oberster Oesterr. Gerichtshof, Entscheidung vom 20. Februar 1856 bei Fischer, H. R. §. 241), kann nicht beigetreten werden. Die Eintragung in die eigenen Bücher ist ein blos innerer Vorgang im Verhältnisse zu dem Besteller, und die Absendung der Faktura beweist, wenn sie der Waarenabsendung vorausgeht, nur die Absicht einer künftigen Uebergabe, auf welche sie in ihrem Inhalte „Sende Ihnen" sich selbst bezieht, wenn sie nachfolgt, nichts.

Absender kontrahirt mit ihr, ohne Rücksicht auf sein Verhältniß zum Empfänger, also, was sie betrifft, zu dessen — eines Dritten — Vortheil. Daher muß der Zwischenträger, so lange die Waare noch unterwegs ist, dem Widerrufe des Absenders Folge leisten.[22] 402

3. Für die Uebergabe fahrender oder schwimmender Güter hat der Handel Hülfen gefunden, welche die Schwierigkeit einer thatsächlichen Nacheile ersparen. Seine vom Römischen Gesichtspunkt mehrfach angefochtene alte Gewohnheit hat sich endlich zur Anerkennung auch im Deutschen Handelsgesetzbuche durchgekämpft. Die Uebergabe kann durch Ladescheine und Konnossemente geschehen.[23] 416
Indem der zeitige Besitzer sich dieser ausschließlichen Kennzeichen 649
zurückbehaltener Macht entäußert, überträgt er an den Empfänger auch die Macht. Der Führer des Gutes braucht keine Nachricht. Er wußte bei Ausfertigung eines solchen Scheines, daß dessen rechtmäßigem Besitzer, nach Umständen dem bloßen Inhaber, die Ladung zu Gebote stehe. Diese Anschauung, welche der kaufmännische Gebrauch mit Recht auf lagernde Güter ausdehnt, indem er mit der Forderung aus dem Ladescheine gleichzeitig das Gut für übergeben annimmt,[24] hat ihre weiteste Ausdehnung im Preußischen Rechte erhalten, welches ganz allgemein eine Uebergabe durch Anweisung gutheißt, sofern nur der Inhaber im Namen des Anweisenden besitzt, also dessen Verfügung anerkennen muß. Einer Benachrichtigung des Inhabers bedarf es nicht.[25] Im Handelsstande wird man sich freilich mit solcher Uebergabe nur begnügen, wenn eine Erklärung des Inhabers dessen Verhältniß zum Anweisenden außer Zweifel setzt.

---

[22]) Vergl. oben §. 104.

[23]) Es bedarf nur eines Hinweises darauf, daß auch zur Verpfändung der schwimmenden Waare die Aushändigung des Konnossements gehört, um der Verwechselung vorzubeugen, als liege in jeder solchen Aushändigung (Uebergabe des Besitzes) eine Uebertragung des Eigenthums an der Waare. Ausführliche Erörterungen, betreffend die Uebergabe durch Konnossement: Holtius in seiner Abhandl., übersetzt von Sutro (Utrecht 1852) S. 97 ff.; Laband in der Zeitschr. f. Deutsch. R. 19, S. 121 ff.

[24]) Vergl. jedoch die abweichende Entsch. des Handelsgerichts zu Hamburg vom 15. März 1858 bei Goldschmidt 2, S. 442.

[25]) Pr. A. L. R. §§. 66 ff., Tit. 7, Th. I. Gruchot a. a. O. S. 484. Ob. Trib. Entsch. vom 21. Februar 1846 (12, S. 172).

2. Gewährleistung.

a) Wegen der Ansprüche eines Dritten.[26]

359 §. 110. Der Verkäufer ist, wenn die Waare ganz oder theilweise der freien Verfügung des Käufers durch ein besseres Recht
283 entzogen (evinzirt) wird,[27] zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser kann jedoch ausdrücklich, oder weil der Käufer von dem besseren Rechte bei dem Kaufe Kenntniß hatte, oder wegen dessen Nachlässigkeit in der Vertheidigung ausgeschlossen sein. So offenen Spielraum auch der nicht zu umgehende Begriff Nachlässigkeit dem gesetzgeberischen Ermessen ließ, so findet sich doch gerade hier viel Einverständniß: Wenn der Käufer die Waare ohne richterliches Urtheil aufgegeben, muß er den Rückgriff durch den Nachweis begründen, daß er den Prozeß unzweifelhaft verloren haben würde. Allgemein ist auch die Regel, daß der Käufer den Prozeß nicht ohne Streitverkündigung an seinen Vormann führen soll.[28] Ist diese unterblieben, so wirken im Regreßprozesse alle diejenigen Einwendungen zu seinem Nachtheil, mit welchen ihn der Verkäufer gegen den Dritten hätte unterstützen können. Dies gilt überall, auch im gemeinen Rechte. Hier lehrt man freilich, der Käufer habe zu beweisen, daß ihm die Zuziehung seines Vormanns nichts geholfen haben würde,[29] aber der Käufer darf sich zunächst damit begnügen,

---

26) Vergl. außer den in Note 1 benannten Schriftstellern: Plathner, der Geist des Preuß. Priv. R. II, §§. 254 ff. Preuß. A. L. R. §§. 136 ff., Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1626 ff. Oesterr. G. B. §§. 922 ff.

27) Die Klage auf Auflösung des Handels findet auch schon vorher statt, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkaufte, und dadurch den Käufer täuschte — wegen Betruges. l. 30 §. 1 Dig. de A. E. (19, 1). Oben §. 40.

28) Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Zuziehung des Vormanns überhaupt und in den verschiedenen Prozeßarten, z. B. im Preußischen Mandats-Prozeß, gestattet sei, kann nur aus den Prozeßgesetzen beurtheilt werden.

29) In dieser Fassung ist der gemeinrechtliche Satz gegen die frühere Ansicht, daß der Rückgriff ganz verloren gehe, gerichtet und sodann beibehalten worden. Vergl. Leyser, med. 7, spec. 241. a Puffendorf II, obs. 35, §. 15. Unterholzner, Schuldverh. §. 145. Sintenis §. 116, S. 633. Auf die prozessualische Gestaltung ist dabei kein Gewicht gelegt, und der von Treitschke, Kf. §. 65 angenommene Gegensatz gegen die angeführten Rechtssysteme ist nicht vorhanden. Glück, Pand. a. a. O. S. 403 will, wenn aus den Akten — des Vorprozesses — das Recht des Dritten klar hervorgehe oder dasselbe vom Käufer

das Erkenntniß beizubringen, welches ihm die erkaufte Waare dem Dritten gegenüber absprach, und dem Verkäufer wird Niemand den Gegenbeweis — wie ihn die Preußischen, Rheinischen und Oesterreichischen Gesetze vorschreiben — versagen wollen. Ganz entsprechend muß der Vormann, welcher in dem Streite des Käufers mit dem Dritten den erbetenen Beistand nicht leistete, die dort ergangene nachtheilige Entscheidung wider sich gelten lassen, vorausgesetzt, daß sie nicht durch Nachlässigkeit des Käufers — z. B. durch Ausbleiben in Terminen — herbeigeführt oder — durch Versäumniß zulässiger Rechtsmittel — unabänderlich wurde. In solchen Fällen bleibt dem Käufer nur der schwierige Nachweis übrig, daß der Schaden auch ohne sein Verschulden eingetreten wäre.

Im Oesterreichischen Rechte ist der Rückgriff einer kurzen Verjährung unterworfen.[30]

b) Wegen sachlicher Fehler.[31]

aa) Allgemeine Voraussetzungen.

§. 111. Die verkaufte Waare ist zu übergeben. Die Lieferung einer anderen ist nicht Erfüllung des geschlossenen Vertrages, son-

nachgewiesen werden könne, die Unterlassung entschuldigen. Voët., comm. 21, 2, No. 22 denkt sich den Käufer nunmehr in der Lage des Dritten, der sein besseres Recht beweisen soll, und diese letztere Anschauung ist es, welche aus den angeführten Rechtssystemen entgegentritt. Der Dritte würde sein Recht dem Verkäufer gegenüber zunächst nicht anders zu begründen haben, als dem Käufer gegenüber, und zur Widerlegung etwaiger neuer Einwendungen diese erst erwarten müssen.

Auch die Stelle, auf welche sich die heutige gemeinrechtliche Lehre hauptsächlich gründet, l. 53 §. 1 Dig. de evictione (22, 21), ist so zu verstehen, daß der Käufer sagte: „Ich habe den Hauptprozeß verloren", und der verklagte Verkäufer: „„Ja, weil du durch deine Schuld die Sachlage nicht kanntest, über welche ich dich unterrichten konnte.""

30) Oesterr. G. B. §. 933. Bei beweglichen Sachen sechs Monate. In Preußen nicht: A. L. R. §. 164 a. a. O. §. 344 Tit. 5 und Plenarbeschl. v. 21. Juni 1847. (Entsch. 15, S. 3 ff.). Wenn die theilweise Entwährung als ein Mangel des Ganzen geltend gemacht wird, so gehört dies nicht hierher. Vergl. jedoch Entsch. des Ob. Trib. v. 23. November 1861 bei Striethorst 43, S. 205 ff.

31) Gesterding, sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edikte der Aedilen. Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 6, S. 1—69. Thöl, H. R. §§. 82 ff. und Entsch. S. 66—68. Brinkmann, H. R. §. 74. Gruchot in seinen Beitr. 2, S. 311 ff. v. Holzschuher III, S. 331. Entsch. bei Seuffert 4, S. 137; 8, S. 55. 56; bei Goldschmidt 4, S. 438. 440 ff. Motive S. 141 ff. Prot. S. 644—657;

dern ein Versuch, denselben abzuändern. Der Empfänger braucht
nicht darauf einzugehen. Die Eigenschaften also, durch welche die
Waare aus gleichartigen herausgehoben wurde, sind zu gewähren,
340 zum Beispiel deren Uebereinstimmung mit einer Probe oder einem
Muster.[32] Für diese Eigenschaften reichen die allgemeinen Regeln
über die Erfüllung aus. Die besonderen Vorschriften über die Gewährleistung sind nicht auf sie berechnet. Andere Eigenschaften aber
giebt es, welche wegen ihrer eigenen Unbegrenztheit zur Bestimmung
eines Begriffes nicht taugen, und deshalb eine Waare nicht als
eine von ihres Gleichen gesonderte erkennbar machen.[33] Die Redlichkeit des Verkehres fordert, damit die Unbestimmtheit solcher Eigenschaften nicht einseitig ausgebeutet werde, auch deren Vertretung
bis zu einem im einzelnen Falle durch richterliches Ermessen festzustellenden Grade. Gewisse Eigenschaften dieser Art sind ohne
ausdrückliche Verabredung vorauszusetzen: Die Waare muß immer
335 Handelsgut,[34] das heißt wieder veräußerlich, also unverdorben,
und bei Gattungskäufen,[35] wenn nichts Anderes bedungen ist, von
mittlerer Art und Güte sein.

1383 ff. 4580 f. 84. 4737. Pr. A. L. R. §§. 325 ff., Tit. 5; §§. 192—214, Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1641 ff. Oesterr. G. B. §§. 922 ff.

[32]) Nicht jede Vorzeigung einer Probe bei den Kaufunterhandlungen (z. B. durch Reisende) macht — wie das Preuß. Ober-Tribunal in einem nicht abgedruckten Erkenntniß vom 24. Januar 1861, übereinstimmend mit dem Appell. Ger. Glogau, ausführt — den Vertrag zu einem Kauf nach Probe, es kommt vielmehr darauf an, ob die Parteien sich darüber geeinigt haben, die Probe für die Lieferung als maßgebend zu betrachten. Dies wird aber weder dadurch, daß die Aushändigung der Probe unterblieb, noch dadurch ausgeschlossen, daß nebenher eine besondere Eigenschaft der Waare, z. B. Brauchbarkeit des Leims für Tuchmacher, bedungen wurde.

[33]) Z. B. lange, schöne Wolle, gutes, klares Rüböl, gesunde, wohlgereinigte Waare. Der kaufmännische Sprachgebrauch versteht zuweilen Beschaffenheitswörter, wie die angegebenen, als begriffsbestimmende. Dies ist Sache der Auslegung; ebenso, ob bei vorliegender Waare Lobsprüche des Verkäufers die feste Gestalt von bindenden Versprechungen angenommen haben.

[34]) Auch ordentliche Kaufmannswaare genannt; chose loyale et marchande; merchantable quality. Einzelne Beispiele von Handelsgebräuchen, welche für gewisse Waaren diesen Begriff näher feststellen, in den Note 11 erwähnten Berliner Vorschlägen bei Goldschmidt 2, S. 197 ff. Spiritus unter 76 % nach Tralles, Rüböl unter 36¾ Grad nach der Fischerschen Waage sollte nicht empfangbar sein.

[35]) Art. 335 spricht nicht von Gattungskäufen, wie art. 1246 C. c., aus

Auf diese vertragsmäßigen und gesetzlichen Erfordernisse bezieht sich die Gewährleistung. Eine Waare, welche denselben entspricht, 346
ist empfangbar. Zweifel, ob sie als solche angenommen werde, sind dem auf schnelle Entschlüsse angewiesenen kaufmännischen Verkehr zuwider; die Gleichberechtigung der Parteien duldet nicht, daß der Käufer seine Erklärung zum Nachtheile des Verkäufers von den wechselnden Marktpreisen abhängig mache. Darum hat — in Uebereinstimmung mit bereits bestehenden Gewohnheitsrechten — das Gesetzbuch vorgeschrieben, der Käufer müsse, nachdem ihm die von einem anderen Orte zugesandte Waare abgeliefert worden, die- 347
jenigen Mängel, auf welche er Gewährsansprüche gründen wolle, sobald dies bei ordentlichem Geschäftsgange thunlich sei, ermitteln,[36] und dem Verkäufer anzeigen. Bei Platzgeschäften glaubte man einer Einigung nicht zu bedürfen. Auch treffen die Rechtssysteme mit dem Geiste des Gesetzbuches darin zusammen, daß, wenn die Waare beim Handel vorlag, eine nachträgliche Rüge nur wegen heimlicher, der ordnungsmäßigen Untersuchung sich entziehender Fehler stattfindet.[37] Doch bleiben Verschiedenheiten übrig, wo sich

---

welchem er entnommen ist, kann aber keine Anwendung finden auf Einzelsachen, denn wenn gerade sie gekauft sind, so hat man jede andere Art und Güte ausgeschlossen.

36) Man vermied, ein für allemal Fristen festzusetzen, weil diese bei der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Umstände nicht immer passen, und stellte es in das billige Ermessen des Richters, ob Verzug vorläge, sowie ob eine Waare wegen ihrer Beschaffenheit oder der damit zusammenhängenden Art ihrer Verpackung sofort gründlich untersucht werden könnte. Motive S. 142. Prot. S. 647. Vergl. hierüber Treitschke, Kf. §. 94.

Mit Recht bestreitet Lürmann im N. Arch. 2, S. 164 ff., unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bremer Oberg. vom 5. Januar und des Ob. A. G. zu Lübeck vom 27. Juni 1857, die Anwendbarkeit des in Art. 347 angenommenen Satzes auf bloße Proben, denn werden diese, was vorausgesetzt ist, nach Abschluß des Vertrages übersendet, so kann dadurch in dem Gegenstande des Kaufes nichts geändert werden.

37) l. 48 §. 4 Dig. de aedilit. edicto (21, 1). l. 43 §. 1 Dig. de contr. emt. (18, 1). C. c. art. 1642. Oesterr. G. B. §. 928. Zweifelhaft sind die Bestimmungen des Preuß. Rechts a. a. O.: Weil bei vorbedungenen Eigenschaften unbedingt Gewährleistung gefordert und bei gewöhnlich vorausgesetzten sodann ein Unterschied gemacht ist, ob der Fehler in die Augen springe, scheint es, als komme es bei den vorbedungenen Eigenschaften auf die Wissenschaft des Käufers von deren Mangel überhaupt nicht an. So lehrt z. B. Plathner a. a. O. Hier stehen aber

die deutschrechtliche Regel behauptet hat, daß der Käufer die Sache, welche er in seine Gewere übernommen, ohne Widerrede bezahlen müsse,[38] und andererseits bei solchen Waaren, die dem Käufer auf Bestellung zugesendet sind, in Betreff der Pflicht zur sofortigen Untersuchung und zur sofortigen Anzeige. Allerdings müssen diese Verschiedenheiten binnen Kurzem in der allgemeinen von den Grundgedanken des Gesetzbuches gestärkten Strömung des Verkehrs verschwinden, weil sie gegen diese keine begriffsmäßige Berechtigung aufzuweisen haben, aber den Uebergangszustand hätte das Gesetzbuch ersparen können, und für den einen Fall ist sein Schweigen nur in der Hoffnung zu verschmerzen, daß die landesrechtliche Gesetzgebung das hervortretende Mißverhältniß baldigst heilen werde: Verstattet einmal das Gesetzbuch — mit dem bei weitem größten Theile in Deutschland geltender Landesrechte — den Gewährsanspruch wegen nachträglich entdeckter Mängel dem sachverständigen Kaufmanne, der seine Waaren aus entfernten Gegenden bezieht, so erscheint eine Abweichung bei Platzgeschäften als eine unerträgliche Härte gegen Krämer und Konsumenten — die Hauptbetheiligten der Platzgeschäfte —, von denen doch eine höhere Waarenkenntniß als von dem großen Kaufmanne nicht zu verlangen ist.

bb) Rechtsmittel.

Feststellung der Mängel.

§. 112. Dem Bedürfnisse nach schleuniger Gewißheit über die Abwickelung fraglich gewordener Geschäfte entsprach das Gesetzbuch

---

§§. 54 f. entgegen. Kannte der Käufer den Mangel, so darf er dessen Gewährung
282 nicht fordern; der Richter wird aus den Umständen entscheiden müssen, ob ein Irrthum anznnehmen ist (oben §. 39). Der gute Glaube des Vertrages ist, wie
350 überall, so auch im Landrecht, hinlänglich durch die Vorschriften gegen den Betrug gewahrt.

[38]) In Deutschland wohl nur nach Hamburger Stadtrecht Th. II, Tit. 8, Art. 17. Vergl. Grimm, Rechtsalterthümer unter: Kauf. v. Gerber, D. P. R. §. 174. Beseler, D. P. R. II, §. 123. Goldschmidt in s. Zeitschr. 1, S. 389 ff. Auch in England und Nordamerika soll diese Regel, wie in den Protokollen und für England von Heise, H. R. §. 15 gesagt ist, gelten. Für England ist dies von Fick bei Siebenhaar 8, S. 50 ff. mit Bezug auf Smith, Compendium of mercantile law (4th edition, London 1848) Buch III, pag. 460—472 widerlegt.

durch die Ermächtigung[39] der Parteien, in einem dem Rechtsstreite zuvorkommenden Beweisverfahren die Mängel beanstandeter, zwischen verschiedenen Orten umgesetzter Waare, auch ohne die Voraussetzungen einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, von gerichtlich ernannten Sachverständigen begutachten zu lassen. Jeder Betheiligte kann nunmehr nicht allein ein schriftliches Gutachten von Sachverständigen einholen, deren größere Zuverlässigkeit ihm auf seinen Antrag durch Auswahl des Gerichts — vielleicht unter den dort ein für alle Mal bestellten Sachverständigen — verbürgt wird; sondern auch, wenn er den dadurch erreichbaren Zuwachs an Sicherheit höher anschlägt, als den damit verbundenen Verlust an Zeit und Kosten, die gerichtliche Vernehmung von Sachverständigen erbitten. Diese sind zu vereidigen, denn nur darin besteht die vom Gesetze vergönnte Steigerung der Sicherheit.

In vielen Fällen wird der Rechtsstreit vermieden werden, wenn der Zustand der Waare glaubhaft feststeht,[40] und dem Verkäufer auch keine Zweifel bleiben, daß die Gutachten sich gerade auf die dem Käufer von ihm übersandte Waare bezogen haben. Weil es hiernach für ordentliche Geschäftsleute im beiderseitigen Vortheil liegt, solchen Zweifeln vorzubeugen, so müssen etwaige Verdunkelungen von der einen oder der anderen Seite Mißtrauen erzeugen. Dessen Einfluß auf die Beweiswürdigung in dem sodann entstehenden Prozesse ist unabwendbar.

Im Uebrigen bestimmt sich in dem Prozesse die Wirkung der im Voraus eingeholten Gutachten nach den Umständen: Auf ein

---

[39]) Eine Verpflichtung auszusprechen, wie eine solche das Gesetzbuch von Zürich (28. Dezember 1853) §. 1422 dem Käufer auferlegt: „widrigenfalls ihm der Beweis zur Last fällt, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien," erschien entbehrlich, weil sich die angedrohte Folge der Unterlassung überall von selbst ergiebt.

[40]) Eine der Usanzen, welche die Mitte Mai 1858 zusammengetretene Handelskonferenz der Städte Berlin, Stettin, Magdeburg, Breslau, Leipzig, Elbing, Königsberg, Köln, Danzig, Posen, Halle vorschlug, lautet: „Einwendungen gegen die Qualität von Waaren und Produkten, sowie gegen die Qualität der Emballagen und Fastagen werden von Sachverständigen endgiltig entschieden" (bei Goldschmidt 2, S. 199, Nr. I, 7). Kaufleute in den angeführten Handelsstädten werden sich, wennschon die Gerichte ihre Gewährsansprüche nicht zurückweisen dürften, diesem Verfahren nicht leicht entziehen.

bei Gericht bereits beeidetes Gutachten wird begreiflich mehr Gewicht gelegt, als auf ein ohne Verantwortlichkeit aufgestelltes Schreiben. Unter zweien derselben Art wird der Richter das von der bewährt erfundenen und deshalb von einem Gerichte ausgewählten Persönlichkeit verfaßte höher stellen, in keinem Falle aber die Sachgemäßheit und Schlüssigkeit der Gründe unerwogen lassen. Wer bei dem streitigen Handel unmittelbar oder durch seine Beziehung zu einer Partei betheiligt ist, genießt verhältnißmäßig geringen Glauben. Daher müssen die Kontrahenten zu vermeiden suchen, daß die Begutachtung Personen aufgetragen werde, die ihnen nahe stehen.

Prozeß.

§. 113. Der Gegenstand des zum Prozesse gediehenen An-
346 spruches ist Gewährleistung. Der Käufer ist nur verpflichtet,
die mit den vertragsmäßigen und gesetzlichen Eigenschaften ver-
348 sehene Waare zu empfangen; die beanstandete ist einstweilen vom
Käufer aufzubewahren für Rechnung Dessen, der im Streite über
ihre Mängel unterliegen wird. Die Rechte, welche der Käufer durch
355 den Vertrag erlangt hat, insbesondere die wegen verzögerter Ueber-
gabe ihm zustehenden, sind noch unberührt; mit seiner Befugniß, statt der fehlerhaften Waare eine andere zu verlangen, aber auch die Verpflichtung, eine tadellose, wenn sie noch rechtzeitig eingeht, anzunehmen, und sodann den Kaufpreis an den zu Gefälligkeiten nun weniger geneigten Verkäufer zu bezahlen. Diese Rücksicht oder auch der Umstand, daß mit der Waare bereits Veränderungen vorgegangen sind, welche deren Rücklieferung erschweren, bewegt den Käufer oft, nicht unbedingt auf seinem Rechte zu bestehen, und ein in den Verhältnissen begründetes Auskunftsmittel zu ergreifen, welches für beide Theile bequemer ist. Der Verkäufer hat seine Absicht, die mangelhafte Waare in Rechnung auf den geschlossenen Handel abzugeben, durch deren Uebersendung kund gemacht. Nimmt sie der Käufer, so muß er zahlen; aber für diese Waare ist kein Preis bedungen. Die Gegenleistung ist also, wenn keine nachträgliche Einigung zu Stande kommt, durch den Richter nach Anhörung von Sachverständigen zu bemessen. Hierfür bietet die Abrede der Parteien über die fehlerfreie Waare einen gewissen Anhalt. Daher

die Vorstellung, daß von dem bedungenen Kaufpreise so viel abgerechnet werde, als die Sache wegen ihrer Mängel weniger werth[41] ist. Sie trifft vollkommen zu, sofern der Preis bereits gezahlt ist. Den Unterschied hat der Verkäufer zu erstatten.

In welchen Fällen der Käufer auf dieses Auskunftsmittel beschränkt sei, ist in den Landesgesetzen, wie im gemeinen Rechte, nicht außer Zweifel. Die Regel ist, daß der Käufer zwischen Wandlungs- und Minderungsklage (actio redhibitoria — quanti minoris) wählen könne. Mit dem Geiste des Handelsgesetzbuches läßt sich eine Beschränkung des Käufers in diesem Wahlrecht nicht vereinigen, denn dasselbe scheidet, wie schon seit längerer Zeit im Handel gebräuchlich ist, die Waare, vom Standpunkte des Käufers, nach ihrer Empfangbarkeit; es bestimmt lediglich über das aus ihrer Mangelhaftigkeit sich ergebende Recht zum Nichtempfange, ohne zu dessen Beschränkung, oder auch nur, um es anzuerkennen, der selbstverständlichen Möglichkeit einer Minderungsklage zu gedenken. Dennoch können der Ausübung jenes Rechtes Hindernisse entgegenstehen.

Dies ist nicht der Fall, und eine Beschränkung in dem Wahlrechte des Käufers ist nicht vorhanden, wenn sich Mängel an einem Theile von mehreren gleichzeitig gekauften Sachen zeigen.[42] Hier ist im Sinne des Gesetzbuches zu unterscheiden: Wenn das umgesetzte Ganze in seiner Einheit zum Gegenstande des Handels an- 359

---

[41]) Verschiedene Meinungen bei Gruchot a. a. O. S. 332 ff. Man berechnet, wenn der Werth der fehlerfreien Waare = 100, der fehlerhaften = 50, der Kaufpreis = 75 war, den zu erstattenden Unterschied X auf dreifache Weise:

a) $X = 100 - 50 = 50$,

b) $X = 75 - 50 = 25$, was hier angenommen ist,

c) $X : 50 = 75 : 100$, also $X = 37\frac{1}{2}$.

Es zwingt kein Grund zu der Annahme, daß der Käufer für die erhaltene Waare einen Preis versprochen haben würde, welcher in einem bestimmten Verhältniß zu dem für die empfangbare Waare ausgemachten Kaufpreis stünde. Will der Käufer sich davor sicher stellen, daß er für die fehlerhafte Waare so viel bezahle, als für die fehlerfreie, so mag er sie gar nicht nehmen, oder seine Entschädigungsforderung geltend machen.

[42]) Vergl. über die Praxis und Theorie, betreffend die theilweise Fehlerhaftigkeit der gekauften Waare, vor dem Handelsgesetzbuche: die Entsch. der Tribunale zu Darmstadt, Lübeck und Berlin bei Goldschmidt 4, S. 452 ff., Gruchot bei Goldschmidt 3, S. 493 ff. und in seinen Beiträgen 2, S. 481 ff.; Fick a. a. O.

genommen wurde, wie ein Gedeck Tischzeug, ein Spiel Karten, eine Taschenuhr, so wird das Ganze von dem Fehler eines Stücks betroffen; wenn aber nach der Absicht der Kontrahenten die Erfüllung theilbar ist, wie bei einem Dutzend Taschenuhren, welche zur Weiterveräußerung im Einzelnen aus der Fabrik entnommen wurden, so hat die Wandlungsklage die einzelnen schadhaften Stücke (Uhren) zum Gegenstande, und sofern der Kaufpreis nur im Ganzen bedungen war, gewisse Aehnlichkeit mit einer Minderungsklage. Doch läßt sich der wesentliche Unterschied der beiden Klagen nicht übersehen. Nicht ein angemessener Preis, welchen der Käufer etwa für die behaltenen Stücke versprochen haben würde, soll gutachtlich festgestellt, sondern der wirklich vertragsmäßige ermittelt werden. Es müssen also, was nur für Beziehung des Ganzen zu seinen Theilen richtig ist, die Parteien sich die Annahme gefallen lassen, daß das Verhältniß, welches, die Fehlerlosigkeit der Waare vorausgesetzt, zwischen dem Werthe und dem bedungenen Gesammtpreise aller Stücke obwaltet, gleichmäßig zwischen dem Werthe der einzelnen Stücke bestehe und deren Preise, welcher fraglich ist.

Um den Zustand des Nichtempfanges zurückzuführen, muß die Waare dem Käufer noch zur Verfügung stehen und noch wesentlich dieselbe sein. Der Käufer braucht keine andere, als die bestellte Waare zu empfangen, der Verkäufer keine andere, als die gelieferte zurückzunehmen. Bloße Verbesserungen oder Verschlechterungen müssen vergütigt werden.[43] Durch eine Bearbeitung wird die Waare nicht immer wesentlich verändert, wohl aber durch eine Verarbeitung und eine Vermengung oder Vermischung mit anderen Stoffen, von denen die Trennung bei einem ordentlichen Geschäftsgange nicht thunlich ist. Das dumpfige Mehl kann nicht zurückgegeben werden, wenn es zu Brod verbacken, aber auch nicht, wenn es mit anderem Mehl vermischt ist. Selbst die Auslesung verdorbenen Getreides aus einem größeren Haufen wird nach den gangbaren Vorstellungen im Handelsstande nur selten ausführbar erscheinen. Diese Grundsätze können, da sie nothwendige Folgerungen aus dem Begriffe der Zurückgabe sind, nicht, wie behauptet wird,

---

[43]) Dies ist auch der Inhalt der §§. 327. 337, Tit. 5, Th. I Pr. A. L. R. **Bornemann**, Syst. II, §. 162.

eine Ausnahme erleiden, wenn die verborgenen Fehler der Waare erst durch die Verarbeitung erkennbar wurden. Solche Ausnahme müßte zugleich zu einem Widerspruche mit der anderen unter mannigfachen Verschiedenheiten hervortretenden festen Regel führen, daß wer eine fremde Sache in der angegebenen Weise umgestaltet, oder mit der seinigen in eine unlösbare Verbindung gebracht hat, dem Eigenthümer derselben die neue Sache nicht aufdrängen darf.

Daß, wenn die fehlerhafte Sache durch Zufall unterging, die Wandlungsklage noch zulässig sei, zeigt sich erst deutlich in dem Abschnitte vom Uebergange der Gefahr. — Durch die Anstellung keiner der beiden Klagen wird das Recht auf Ersatz eines vom Verkäufer verschuldeten Schadens abgeschnitten, welcher dem Käufer durch die mangelhafte Erfüllung des Vertrages erwachsen ist.

Die Mängel der Erfüllung müssen bei Geltendmachung der angegebenen Ansprüche festgestellt werden. Die Streitfrage über die Beweislast ist unerachtet ihrer großen Wichtigkeit noch zu keinem befriedigenden Abschlusse gelangt,[44] weil man den Unterschied der Eigenschaften, um welche es sich handelt, nicht in seine Rechte treten ließ: Daß der Verkäufer nur durch Lieferung der bedungenen Waare seine Verbindlichkeiten erfüllt, ist unbestritten. Gerade diese Waare muß es sein. Herauserkannt aus ihres Gleichen wird sie nach ihren begriffsbestimmenden Eigenschaften. Niemand wird zweifeln, daß der Verkäufer, der statt Getreide Sand übergab, hierdurch die rechtliche Lage des Käufers nicht zu dessen Nachtheil ändern durfte, aber auch die Dampfmaschiene von zehn Pferdekraft ist im Verhältniß zu der bestellten stärkeren ein Nichts. Die Beweislast darf nicht

[44]) Deshalb schien es erforderlich, diese oben §. 64 bereits berührte Frage zum leichteren Verständniß hier an dem Beispiele des Kaufes zu erörtern, bei welchem sie überdies dem Handelsrichter zumeist begegnen wird. Die abweichende Meinung von Thöl, H. R. §. 85 und des O. A. G. zu Lübeck unterscheidet, ob der Käufer verklagt wird, oder klagt; im ersten Falle soll der Verkäufer beweisen, im anderen der Käufer. Hierbei sollen, wenn der Kaufpreis zurückgefordert wird, die Grundsätze von den Kondiktionen (oben §. 75) Anwendung finden. Brinkmann, H. R. §. 68 unterscheidet, ob Käufer die Waare empfangen hat, und will die vertragsmäßige Güte bis dahin immer vom Verkäufer beweisen lassen, nachher vom Käufer. — Vergl. Gruchot a. a. O. S. 316 ff. und die Entscheidungen bei Goldschmidt 4, S. 421. 428. 431. Motive S. 142.

der Willkür des Verkäufers unterliegen. Der Käufer hat freie Wahl in den Klagen auf Erfüllung, auf Rücknahme, auf Minderung. Nebenher geht der Anspruch auf Entschädigung. Es ist unzweifelhaft, daß diese Rechtsmittel dem Käufer nicht weniger als bei den eigentlichen Gewährsmängeln auch dann zustehen, wenn begriffsbestimmende Eigenschaften, welche versprochen waren, fehlen. Der Käufer darf nicht gezwungen sein, sich mit einem so unzuverlässigen Verkäufer einzulassen. Ein mittelbarer Druck würde auf ihn ausgeübt, wenn nur bei der einfachen Klage auf Erfüllung die Beweislast auf der anderen Seite läge. Niemand braucht zu beweisen, daß seinen vertragsmäßigen Rechten nicht genügt sei, mag er dieselben in vollstem Umfange oder in beschränktem Maße geltend machen. Wenn der Käufer in seiner Klage auf Schadensersatz das Eintreffen der unrichtigen Waare erwähnt, so liegt darin keine zur Begründung seines Anspruches nothwendige Behauptung, sondern das Geständniß einer Thatsache, welche zu den Einwendungen des Verklagten gehört.[45] Die Klage gründet sich allein auf den Vertrag. Hat der Käufer bereits den Preis gezahlt, oder, wie gewöhnlicher, dem Verkäufer durch Accepte verschafft, so ändert dies allein das Ziel der Klage, nicht deren Ursprung. Der Käufer gab seine Wechsel, also seine Verpflichtung, zu zahlen, der Verkäufer seine Verpflichtung, zu liefern. Wenn aber auch im Voraus gezahlt war, immer ist die untrennbare Beziehung der beiderseitigen Verbindlichkeiten, welche den Inhalt des Vertrages ausmacht, und nicht die Leistung der Grund, weshalb die Gegenleistung erfolgen muß. Mit Unrecht also zieht man die Regeln von der Rückforderung ungedeckter Leistungen hierher. Wären sie anzuwenden, so müßten sie den Verkäufer, der für die gelieferte Waare Deckung fordert, nicht minder treffen, als den Käufer, der für seine Wechsel oder sein baares Geld noch keine Gegenleistung hat. Der Begriff des zweiseitigen Vertrages aber würde umgestoßen, wollte man den Verkäufer, der die Waare abgegeben, aus der Lieferung klagen lassen.

---

[45]) Man wird nicht bezweifeln, daß die Angabe eines Klägers, er habe auf die vertragsmäßige Forderung von 100 bereits 20 erhalten, nicht zur Begründung seiner Klage gehört, wennschon eine nicht genaue Praxis solche Angaben in Kontumazial-Erkenntnissen unter den für zugestanden anzunehmenden Thatsachen aufführt, aus denen sich der Klage-Antrag rechtfertigt.

Er würde dann nicht den bedungenen Preis, sondern eine angemessene Vergütigung zu erhalten haben. Aus dem Gegenstande der beiderseitigen Leistungen kann ein Unterschied nicht hergeleitet werden, denn auch der Käufer, der den Preis zurückfordert, erhält nicht die Stücke, in denen er bezahlt hat. In beiden Fällen kommen nur die Werthe in Betracht.

Mit dem Beweise, daß die begriffsbestimmenden Eigenschaften gewährt seien, hat der Verkäufer genug gethan. In der Leistung liegt nun die Erfüllung, wenn nicht besondere Umstände ihr diese Wirkung rauben. Solche Umstände fallen in das Gebiet der Einwendungen. Hierher gehören alle eigentlichen Gewährsmängel. Diese sind vom Käufer zu beweisen.

Nach allen Rechtssystemen übernimmt, wer eine Waare von auswärts bezieht, die Gefahr der Regel nach vor deren Ankunft. Der Unfall, welcher sie beschädigte, kann sich in der Zwischenzeit ereignet haben, der Käufer also mit einem Gewährsanspruche wegen einer nicht begriffsbestimmenden Eigenschaft nur durchdringen, wenn er darthut, daß dieselbe schon vor jener Zeit gemangelt habe. Solcher Beweis ist, wo die Ueberzeugung des Richters durch feste Regeln zurückgehalten wäre, selten ausführbar, anders wo eine freie Beweiswürdigung gestattet ist; denn wenn die Waare äußerlich unbeschädigt angekommen, und das Gutachten der Sachverständigen versichert, daß die darin vorgefundenen Mängel die Zeichen eines früheren Ursprungs tragen, so wird der Absender nicht schweigen dürfen; man wird nunmehr von ihm den Gegenbeweis erwarten, daß er die Waare im fehlerfreien Stande abgegeben habe.[46]

Von dem Verkäufer fordert also nicht minder die Besorgniß vor einer ihn treffenden Beweislast, als die Nöthigung, sich Kundschaft zu erhalten, eine aufmerksame Auswahl.

[46]) Und zwar gerade auf Grund derjenigen inneren Berechtigung, welche eine solche Regelung der Beweislast dem Gesetzgeber vorschlug (v. Kräwel bei Siebenhaar 8, S. 428) und empfahl (Goldschmidt, Gutachten S. 99), auch im Preußischen Rechte zur Geltung brachte (Koch bei Siebenhaar 9, S. 172 ff. und Ober-Tribunal in der von v. Kräwel bei Art. 347 seines Kommentars zum H. G. B. angeführten Entscheidung vom 3. Mai 1859). War hiernach die Regelung entbehrlich, so konnte sie, wie bei einer freieren Beweiswürdigung jede vom Gesetze aufgestellte Präsumtion, nur schädlich sein. Auch v. Kräwel in seinem Kommentar erkennt nunmehr den im Texte ausgesprochenen Satz als bestehendes Handelsrecht an.

Verjährung.

§. 114. Das Bedürfniß des Handelsstandes, möglichst bald Gewißheit über die Folgen einer Waarenbeanstandung zu erhalten,
349 führte auch zur Festsetzung einer kurzen Verjährungsfrist, und zwar einer gleichmäßigen für alle Gewährsansprüche wegen sachlicher Fehler, wobei nur noch kürzere, durch Landesgesetze oder Handelsgebräuche für besondere Gegenstände bestimmte Verjährungen geschont sind, und die wohlbegründete Unterscheidung, ob der Anspruch in Klage oder Einrede auftrete, nicht verlassen werden konnte.

Diese Verjährungsfrist läßt sich durch Vertrag, der an keine Form gebunden ist, abkürzen und verlängern.

Im Uebrigen gilt, ohne daß es darauf ankommt, ob die fehlende Eigenschaft bedungen oder vorauszusetzen, ob die Waare am Platze oder von einem anderen Orte entnommen war, eine *Verjährung von sechs Monaten seit Ablieferung der Waare an den Käufer* — oder dessen Stellvertreter. Einreden verjähren nicht, doch fallen Mängel vertragsmäßiger oder gesetzlicher Eigenschaften, welche nicht innerhalb sechs Monate entdeckt sind, dem Verkäufer nicht zur Last, und es muß deshalb jeder auf Gewährleistung gerichtete Einwand durch den Nachweis begründet werden, daß der gerügte Mangel innerhalb der sechs Monate hervorgetreten sei. Dieser Nachweis ist in der Feststellung, daß innerhalb sechs Monate eine Anzeige des Fehlers an den Verkäufer abgegangen, mitenthalten, und zugleich auf die leichteste Weise geführt. Der vorsichtige Käufer wird dieselbe also, wennschon sie nur, soweit das Gebot sofortiger Anzeige reicht, gesetzlich vorgeschrieben ist, auch in anderen Fällen durch rechtzeitige Absendung der Anzeige vorbereiten.

Die angeordnete Verjährung kann der Käufer nicht dadurch umgehen, daß er auf Erfüllung oder wegen verzögerter Erfüllung klagt, wenn er die erhaltene Waare zwar rechtzeitig beanstandet, aber die sechsmonatliche Frist versäumt hat. Allerdings würde der Gewährsmangel sodann erst gegen den Einwand der Uebergabe geltend gemacht, aber nicht selbst als Einwand, sondern als Replik. Diese tritt, sofern sie die entgegenstehende Einwendung aufhebt, begriffsmäßig der Klage hinzu, und verschmilzt mit dieser als eine

Verstärkung, wie die Einwendung als eine Schwächung.[47] Die Klage auf Erfüllung würde immer nur wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Waare gerechtfertigt sein; es ist also eine Klage wegen Mängel. In diesem Sinne ist es richtig, wenn bei den Berathungen in Nürnberg ausgesprochen wurde, daß die einzuführende Klagenverjährung auch die Klage auf Erfüllung treffe.[48] Im Uebrigen ist dieselbe der hier vorgeschriebenen Verjährung nicht unterworfen.

cc) Nachwährschaft beim Viehhandel insbesondere.[49]

§. 115. Die große Schwierigkeit, den Zeitpunkt zu erkennen, von welchem sich die Krankheit eines Thieres herschreibt, hinderte den Einfluß der Römischen Grundsätze auf die Gewährleistung beim Viehhandel, und sicherte demselben in den Landesrechten eine abgesonderte Stellung. Diese darf nach dem Urtheile bewährter Sachverständigen, unerachtet der neueren Fortschritte in der Thierheilkunde, noch immer für berechtigt gelten, und ist auch vom Gesetzbuch nur berührt, soweit der Handel nicht am Platze über die vorgeführten Stücke, sondern von Ort zu Ort stattfindet. Ein solcher Handel, bei welchem ausschließlich die Summen bestimmter Gewichtseinheiten, nicht mehr die einzelnen Häupter in Betracht zu kommen pflegen, tritt aus dem gewöhnlichen Begriffe des Viehhandels heraus, und ist wohl deshalb von der Nürnberger Konferenz[50] bei ihrem allseitigen Anerkenntniß außer Acht gelassen, „daß die Währschaftsgesetze der einzelnen Länder in Bezug auf die

---

47) In der Formel des Römischen Prätors wurde deshalb die Replik der Klagebehauptung durch *et* oder *atque* angereiht.

48) Prot. S. 660. Anderer Meinung früher das O. A. G. zu Dresden, Entscheidung vom 5. August 1859 bei Goldschmidt S. 445.

49) D. Pr. R. von Phillips §. 75, v. Gerber §. 174. Beseler §. 123. Treitschke, Kf. §. 95. Gerlach, Prof. u. Direkt. an der Thierarzneischule zu Hannover, die Gewährleistung für verkaufte Hausthiere, technisch beleuchtet zu Gesetzentwürfen (Berlin 1860. S. 72. 8.).

50) Prot. S. 1384. Vergl. Nürnberger Reform. v. 1564 Tit. 16, 4: Wurden denn Schwein, oder andere dergleichen Thier, die der Schau bedörfen, verkauft, die sollen durch die Schau dem Keuffer gefertigt werden, und die Werschaft 14 Tag — besteen. Frankf. Reform. v. 1611 Th. II, Tit. 9, §. 7. Die Schau wurde häufig von besonderen Behörden geübt. Vergl. Goldschmidt in s. Zeitschr. 1, S. 397 ff.

Untersuchungs- und Anzeigepflicht beim Viehhandel von den Bestimmungen des Artikel 347 nicht betroffen würden." Die angeführte Gesetzesstelle an sich läßt keine Ausnahme gewisser Waarenarten zu.

Die Germanischen Volksrechte gestatteten Gewährsansprüche überhaupt nur, wenn die Mängel vom Verkäufer wissentlich verheimlicht waren. Auch dann mußten sie binnen wenigen Tagen gerügt werden.[51] Bei Hausthieren finden sich gewisse Mängel beispielsweise aufgeführt. Im Mittelalter erkannte man, schon vom Römischen Recht beeinflußt, die Vertretungspflicht bei solchen „Hauptmängeln" auch ohne Wissenschaft des Verkäufers an. Hiebei sind einige neuere Gesetzgebungen stehen geblieben, so die Bayerische, die Gothaische, die Badische, die Großh. Hessische;[52] in anderen Ländern ist der Römische Grundsatz, welcher die Gewährleistung für alle verborgenen Mängel fordert, durchgedrungen, so in Preußen, Oesterreich, Hannover, Württemberg und Braunschweig. Ausschließlich das Römische Recht gilt in den beiden Mecklenburg. Die kurze Frist zur Rüge bei den Hauptmängeln gewann allmählig die Bedeutung, daß ein innerhalb derselben hervorgetretener Fehler als vor dem Handel entstanden betrachtet wurde. In dieser Bedeutung faßten sie die neueren Landesgesetze auf; doch meistens mit Zulassung eines Gegenbeweises für den Verkäufer, und eines Beweises für den Käufer, daß ein später entdeckter Fehler schon vor dem Handel begonnen habe. Nunmehr mußte die Frist, wenn der Willkür enthoben, nach der Natur

---

51) Lex Bajuv. Tit. 15, 9, §§. 2 ff. Angelſ. Recht Kap. 56. Grimm a. a. O. Kraut, Grundriß §. 166. Das Hamburger Statut Th. II, Tit. 8. Art. 17 ist hierbei stehen geblieben.

52) Lübisches Recht Bd. III, Tit. 6, Art. 14. 17. Cod. Max. Th. IV, cap. 3, §. 23. Sehr ausführlich das Gothaische Mandat vom 29. März 1790, siehe Kori, Theorie der Sächs. Prozesse S. 588 ff. Gr. Hessisches Gewährsgesetz vom 15. Juli 1858. Dieser Standpunkt scheint wenig befriedigend. Zwar haben die neueren Gesetze einige Hauptmängel mehr aufgezählt, als das Sächs. Weichbildr. Art. 97 und Glosse — welches nach Haubold §. 283 im Königr. Sachsen gilt —, man ermittelt aber immer neue Krankheiten, deren Anfänge den Thieren äußerlich nicht anzusehen sind; z. B. wurden im Jahre 1854 zum ersten Male Ziegenpocken bei einer Heerde in Beckum (Westphalen) beobachtet. Gerlach, Mitth. aus der thierärztl. Praxis Jahrg. 3, S. 46. — Preuß. A. L. R. §§. 199 ff., Tit. 11, Th. I. Oesterr. G. B. §§. 924 ff.

der verschiedenen Fehler bemessen werden. Bewährte Lehrer der Thierheilkunde klagen, daß ihre Wissenschaft, welche hierbei von Anfang an nicht genügend berücksichtigt worden,[53] um so weniger nach ihren neueren Forschungen mit den Fristen, wie sie in Deutschland bestehen, zufrieden sei. Die Zweckmäßigkeit der Fristen an sich ist unbestritten. Die Wissenschaft, deren beste Kräfte und gesammelte Erfahrungen der Gesetzgebung zu Diensten stehen, ist nicht so gleichmäßig durchgedrungen, daß in jedem Falle die schwierige Abmessung mit Sicherheit dem einzelnen Thierarzte überlassen bleiben könnte.

B. Verbindlichkeiten des Käufers.

1. Abnahme.[54]

§. 116. Dem Weggeben der Waare steht die Pflicht des Käu- 346
fers gegenüber, sie abzunehmen, wenn sie den vertragsmäßigen und gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Darum trifft die verabredete, die gebräuchliche, die gesetzliche Bestimmung, wonach Ort und Zeit der Uebergabe sich richtet, regelmäßig auch die Abnahme. Die
Kosten derselben trägt — unbeschadet einer abweichenden Einigung — 351
der Käufer, wie die Kosten der Uebergabe der Verkäufer. Die thatsächlichen Grundlagen für diese Unterscheidung sind aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen. Für die Kosten des Transportes ist wesentlich, an welchem Orte zu erfüllen war. Auch machen die Worte des Gesetzes: „Uebergabe, insbesondere des Messens und Wägens" die Prüfung des Sachverhaltes nicht entbehrlich. Wenn der Weizen im Speicher zur Hoffnung für tausend Thaler gekauft ist, bedarf man keines Messens oder Wägens zur Uebergabe. Gemeint ist nur, daß, sofern die Uebergabe ohne Ermittelung der einzelnen beim Handel zum Grunde gelegten Einheiten nicht geschehen könne, deren Kosten den Verkäufer treffen.

---

[53]) Ueber das Französische Währschaftsgesetz von 1838 sagt Gerlach a. a. O. S. 7, es sei ganz gegen den besseren Rath aller Thierarzneischulen Frankreichs gegeben worden, indem man mit geringer Abänderung auf das alte Gewohnheitsrecht von Paris zurückging; es seien darin zum Theil ungeeignete Mängel und, mit Ausnahme zweier, alle mit einer Gewährszeit (9 Tage) aufgeführt.

[54]) Thöl, H. R. §. 81. Motive S. 143. C. c. art. 1608.

2. Zahlung.

§. 117. Den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung ist für die Gegenleistung des Käufers nur wenig beizufügen. Ihr Umfang muß durch den Vertrag bestimmt sein, doch erwachsen im Verlaufe des Geschäfts oft Ansprüche,[55] welche zwar nicht den vertragsmäßigen Preis, aber die Gesammtschuld des Käufers ändern. Wer einen geringeren Gegenstand, als den bedungenen, liefert, leidet einen Abzug; wer einen größeren, hat, wenn ihn der Käufer annimmt, eine Nebenforderung.

Die hierfür wichtige Grundfrage, was verkauft sei, löst sich aus dem Vertrage, im Zweifel mit Hülfe der Ortsgebräuche. Diese in eine Regel zu fassen, wollte die Konferenz[56] aufgeben, nachdem sie eine solche bei der ersten Lesung in dem Satze gefunden zu haben glaubte:

> „Die Verpackung und die Gefäße, in welchen die Waaren übergeben sind, gehören dem Käufer ohne Ersatz, sofern nicht durch den Vertrag oder durch Handelsgebrauch ein Anderes bestimmt ist“;

bei der zweiten Lesung aber zu der Ansicht gelangt war, es würde richtiger sein, denselben umzukehren; doch ist dadurch dem Unterschiede von den Kosten der Uebergabe und der Abnahme eine unab-
351 weisbare Bedeutung eingeräumt. Soll der Käufer die Kosten der Abnahme tragen, so müssen sie neben dem Kaufpreis berechnet werden. Es kommt also rücksichtlich der Verpackung darauf an, ob sie als Zubehör des Handelsgegenstandes oder als Mittel zur Versendung betrachtet wird, und es gelten zum Beispiel bei Flaschenweinen die Flaschen, aber nicht die Kisten, als mitverkauft. Die Auslagen für letztere sind, als zu den Kosten der Abnahme gehörig, dem Verkäufer besonders zu vergütigen.[57]

---

55) Vergl. l. 13 §. 22. l. 38 §. 1 Dig. de A. E. (19, 1).

56) Prot. S. 666. 1393. Motive S. 143.

57) Bei der Handelskonferenz zu Berlin Mitte Mai 1858 wurden folgende Bestimmungen vorgeschlagen:

II, 2. Bei Spiritus versteht sich im Zweifel der Verkauf ohne Faß; Verkäufer ist verpflichtet, seine Fastagen zurückzunehmen. Wird mit Faß verkauft, so müssen gute dichte handfeste Gebinde von 300—500 Quart Inhalt, mit ganzen Stäben und ganzen Bodenstücken geliefert werden; —. Der Käufer hat diese Gebinde zu bezahlen.

Auch die Zeit der Zahlung[58] richtet sich nach dem Vertrage, und zwar, wenn die Verabredungen und Ortsgebräuche Raum lassen, nach der Natur des lästigen Vertrages. Diese fordert, daß beide Leistungen, wie im Austausche gegeneinander gedacht, thatsächlich Zug um Zug gewechselt werden. Es kann bedungen sein, daß die 342
Zahlung der Uebergabe vorangehe (Pränumerationskauf), oder daß sie demselben nachfolge (Kauf auf Kredit, auf Borg, auf Ziel, auf Zeit). Wenn aber auch die Zahlung per contant (Baarkauf) versprochen ist, so verstehen dennoch die Gebräuche einiger Handelsplätze eine mehrwöchentliche Zahlungsfrist vom Zeitpunkte der Lieferung ab, und bewilligen Diskonto bei früherer Zahlung.

IV. Uebergang von Nutzen und Gefahr.[59]

§. 118. Die Waare soll geliefert werden, wie sie gekauft ist. Genau genommen ist dies niemals möglich. Zwar sagt man, daß eine Gattung nicht ausstirbt, aber den ewigen Naturgesetzen, welche jedem körperlichen Dinge seine Dauer und damit seine Steigerung und seine Abnahme bestimmen, folgt auch sie.[60] Deutlicher allerdings treten die natürlichen Veränderungen während des gewöhnlich kurzen Zeitraums zwischen Handel und Lieferung an der einzelnen bestimmten Waare hervor, jedoch auch hier nach deren Art und nach

---

V, 4. Bei Waarenverkäufen in Original-Kollis findet keine Emballagen- und Fastagen-Berechnung statt. Der Käufer behält sie.

Goldschmidt, Zeitschr. 2, S. 200 f. und oben Note 11.

58) H. R. von Bender §. 80, Thöl §§. 68 ff. Brinkmann §. 75. Treitschke, Kf. §. 78. Stern bei Siebenhaar 7, S. 24.

59) H. R. von Heise §. 15, Thöl §§. 73 ff. Brinkmann §. 73. Fischer §. 241. v. Wächter im Archiv f. civ. Pr. 15, S. 97—138. 188—222. Treitschke, Kf. §§. 83 ff. Pardessus 278. Mommsen, Beiträge u. s. w. I, die Unmöglichkeit der Leistung §§. 20 ff. und Erörterungen aus dem Obl. R. Heft I (Braunschweig 1859). Stobbe, zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts III, die Haftung für den Zufall in Vertragsverhältnissen. Gruchot in s. Beitr. 3, S. 135 ff. Pr. A. L. R. §§. 95 ff. 196, Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1583. 85. 1136. Oesterr. G. B. §§. 1048 ff. 1064.

60) Der hergebrachte Satz: „Genus non perit" kann in einem Kampfe mit der Naturwissenschaft nicht bestehen. Diese widerlegt ihn leicht durch Hinweis auf urweltliche Pflanzen, das neuerlich ausgestorbene Geschlecht des canis familiaris fricator und die allmählig verschwindende capra ibex.

den Umständen bald augenfälliger, bald nur dem geübten Kenner wahrnehmbar. Gebietet also die Natur, daß der Käufer die Waare in verändertem Zustande übernehme, so ist das bürgerliche Gesetz im Unrecht, sich dagegen aufzulehnen; und die Römischen Juristen hatten Recht, alle Veränderungen, welche seit dem Handel sich mit der bestimmten Waare ereignet haben (commodum und periculum), dem Käufer zu Gute und zur Last zu schreiben, sofern die natürliche Zersetzung nicht durch ein Verschulden des Verkäufers beschleunigt wurde.

Diese Regel konnte man mit der anerkannten anderen, daß zur Uebertragung des Eigenthums Uebergabe der Sache gehöre, nicht in Verbindung bringen. Freilich führte die künstlich geschaffene Irrlehre: „der Eigenthümer trägt den Zufall" nicht hinüber. Daher glaubte man in den neueren Gesetzgebungen die eine Regel der anderen opfern zu müssen.

Den Verfassern des Preußischen und Oesterreichischen[61] Gesetzbuchs erschien es billiger, erst mit der Sache dem Käufer auch deren Gefahr zu übertragen. Dabei stand man unzweifelhaft unter dem Einflusse einer auf Deutschem Boden seit uralter Zeit heimischen Anschauung; weil man sich aber keine Rechenschaft darüber gab, verfehlte man ihren Gesichtspunkt, daß der Kauf erst durch das Geben zur Vollendung komme.[62] Wenngleich man häufig, nicht minder unbewußt, in den genannten Gesetzgebungen dem angeborenen Volksrechte Ausdruck verlieh, welches als das Wesen des Vertrages den Wechsel des Vermögensstoffes selbst betrachtet und der Römischen Trennung vertragsmäßiger Verpflichtung von deren erzwingbarer Wirkung nur mühsam nachging, hier hatte man bereits die Römische Regel, daß durch die Willensübereinstimmung allein der Kauf geschlossen werde, zum Gesetz erhoben. Stand diese Regel einmal fest, so zeigte sich der angenommene Satz, daß die Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer falle, als ein willkürlicher Einbruch in die Gesetze der Natur und das auch dem Deutschen Volke mitgegebene Rechtsgefühl. Dies muß, so lange der die Natur beherrschende Gott derselbe ist, für alle Völker eins sein. Daher

[61]) Wenn der Kauf für nicht geschlossen erachtet wird (§. 1048 G. B.), so gehen die Verschlimmerungen nicht minder auf Rechnung des Verkäufers, als in dem Falle, für welchen dies ausdrücklich gesagt ist (§. 1049).

[62]) Grimm, R. A. unter Kauf. Stobbe a. a. O. S. 277 ff.

tritt aus den altdeutschen Rechtsquellen,[63] wie aus den Römischen, die Wahrheit entgegen, daß wer eine Sache nach Ablauf eines Zeitraumes erhalten soll, dieselbe nicht unverändert in dem Zustande erwarten dürfe, in welchem sie sich vorher befunden hat.

Jede Willkür im Rechtssysteme trägt die schlechte Frucht einer umherirrenden Kasuistik: In beiden Gesetzbüchern gestand man der anerkannten Verbindlichkeit des Willensschlusses die Wirkung zu, daß von dem Augenblicke ab, in welchem der Käufer die Uebernahme verzögert habe, die Veränderung ihn treffe. Also doch nicht gerade der Eigenthümer trägt die Gefahr; der Zeitpunkt ihres Ueberganges wird vielmehr von den Kontrahenten durch Verabredung der Lieferungszeit für jeden Fall besonders vorbestimmt. In beiden Gesetzbüchern konnte der Grundsatz auch nur durch eine neue Willkür anwendbar werden. Die Natur vollzieht jene Veränderung — ihren Stoffwechsel — durch die Zusammenführung mehrerer Stoffe, und nach der unendlichen Mannigfaltigkeit möglicher Verbindungen in verschiedenster Weise, bald in langsamer Verwitterung (Zement), bald in schnellerer Verdunstung (Kollodium, Aether), bald durch einen heftigen Stoß, der den verkauften Weizen ins Meer versenkt, oder durch eine plötzliche Ueberschüttung mit Sauerstoff, welcher ihn in Staub und Gase auflöst. Das Preußische Gesetz schließt nach seinem Wortlaute alle diese Fälle ein, und erst die Praxis[64] hat es, wie das Oesterreichische Gesetz sich selbst, auf zufällige Veränderungen beschränkt. In der göttlichen Weltenordnung giebt es keinen Zufall, aber die Menschen, welche deren feste Regeln nur allmählig erkennen, bezeichnen so jede Wirkung der Naturkräfte, die für ihre Berechnung noch überraschend eintritt. Der Zufall steht also in umgekehrtem Verhältniß zu den Erfolgen der Wissenschaft, und bietet zwischen

[63]) Vergl. die vielen aufgeführten Stellen in der ganzen Abhandlung von Stobbe a. a. O. und bei Kraut, Grundriß §. 164.

[64]) Gemeint sind auch im Preußischen Recht nur sogenannte zufällige Veränderungen, wie aus dem amtlichen Vertrage von Suarez zu §. 95, Tit. 11 (v. Kamptz, Jahrb. 41, S. 17) hervorgeht, obwohl im Falle des §. 63, Tit. 11 der Verkäufer die Gefahr der regelmäßigen Verschlechterung sogar noch nach der Uebergabe weiter trägt: Wenn der Käufer den Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte angreift, erfolgt die Abschätzung der Waare nach ihrem Werthe zur Zeit des Prozesses. — Vergl. unten §. 123.

den sich widerstrebenden Ansprüchen der Kontrahenten keine sichere Grenze.

Nach dem Recht des Code erhält, wie im Englischen, der Käufer mit dem Augenblicke des Vertragsabschlusses das Eigenthum der Waare sammt Nutzen und Gefahr.

Das Handelsgesetzbuch hat nur für diejenigen Rechtssysteme, nach welchen die Gefahr erst von der Uebergabe ab den Käufer trifft, die allerdings in Preußen und Oesterreich nicht neue Folgerung aus
344 seinem Satze, der die Uebergabe unter Abwesenden berührt, gezogen, daß je nachdem der Absendungs- oder der Bestimmungsort der Waare im Vertrage als Ort der Erfüllung angenommen worden, der Ver-
345 käufer oder der Käufer die Gefahr des Transportes trägt. Wenn in dem ersteren Falle der Verkäufer nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehandelt hat, so darf er den hieraus entstandenen Schaden nicht auf Rechnung des Zufalles bringen.
343 Für eine solche Sorgfalt hat er bei Aufbewahrung des verkauften Gegenstandes auch in denjenigen Rechtssystemen einzustehen, in welchen ihn der Vertragsabschluß von der Gefahr befreit. Die Begriffe Gefahr und Zufall finden nach der Rechtssprache in dem Verschulden der Kontrahenten ihren Gegensatz.

344 Die „Art" der Uebersendung, welche der Verkäufer auszuwählen hat, umfaßt nicht allein das Transportmittel, sondern die ganze Behandlung der Waare bei der Uebersendung. Zu seiner Pflicht gehört also, sie gegen die Einflüsse der Witterung zu verwahren, — auch die Versicherung, wenn eine solche unter den gegebenen Verhältnissen nach der Natur der Waare von einem ordentlichen Kaufmanne am Absendungsorte erwartet werden mußte. Die Kosten derselben trägt der Käufer, denn diese sind die nach Geld gemessene, auf ihn übergegangene Gefahr.

345 In den Bestimmungen des gemeinen und des Rheinischen Rechts ändert das Gesetzbuch nichts; dort kommt es also hauptsächlich darauf an, wann der Handel sich zu einem Kaufvertrage vollendet.

Besonderheiten sind bei den verschiedenen Arten des Kaufs, bei welchen sie hervortreten, darzustellen.

Im Allgemeinen muß daran erinnert werden, daß die vorgetragenen Grundsätze vom Uebergange der Gefahr, mit welchem für den Handelskauf der Uebergang der dem Gute hinzugetretenen Ver-

besserungen und Vermehrungen — des Nutzens — zusammenfällt,[65] sich eben auf die verkaufte Waare allein beziehen, und daß nach keinem Rechtssysteme durch die Absendung irgend einer anderen Waare dem Destinatär die Gefahr derselben aufgebürdet werden kann. Hieraus folgt, daß wenn der Besteller die abgelieferte Waare beanstandet, erst aus der Entscheidung über ihre Empfangbarkeit sich feststellt, wer die Gefahr zu tragen hatte, und es ergiebt sich mit Nothwendigkeit der in den Römischen Quellen ausgedrückte Schluß auch für die anderen Rechtssysteme, daß nicht umgekehrt die Zulässigkeit der Nachwährschaftsklagen von der Gefahr abhängt. Wenn also die Voraussetzungen der Wandlungsklage sonst vorliegen, ist diese durch einen vom Käufer nicht verschuldeten Untergang der Sache nicht gehindert.[66] Nur das Rheinische Recht gebietet, daß ein zufälliger Untergang den Käufer treffe.[67]

V. Uebergang des Eigenthums.[68]

§. 119. Zum Wesen des Umsatzvertrages gehört es, daß die Waare denjenigen Platz, welchen sie im Vermögen des Verkäufers verläßt, nunmehr im Vermögen des Käufers einnimmt. Hiervon ausgehend, gelangten die bisherigen Rechtssysteme, welche auch den

---

65) Vergl. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. R. I (Braunschweig 1859) über die Regel: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est (§. 3. Inst. Just. de emtione [3, 23]).

66) Auch im Preuß. Recht nicht, unerachtet des scheinbar entgegenstehenden §. 327, Tit. 5: „Er muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben"; denn geht die Waare unterwegs zu Grunde, so ist diese Bestimmung überhaupt nicht anwendbar, und kommt sie fehlerhaft an, so ist die Verpflichtung, sie zurückzunehmen, für den Verkäufer sogleich begründet, und kann durch seinen eigenen Verzug nicht erleichtert werden. So entschieden vom Pr. Ober-Tribunal am 23. Juni 1859 (Entsch. 41, S. 40; Striethorst 34, S. 82; Goldschmidt 4, S. 448).

67) C. c. art. 1647. Man ging dem unrichtigen Satze: casum sentit dominus nach, und bedachte nicht, daß wenn der Vertragsabschluß das Eigenthum überträgt, sich dies nothwendig auf die verkaufte Waare beschränken müsse.

68) l. 1 D. princ. de rerum permut. (19, 4). l. 11 §. 2 Dig. de A. E. (19, 1). l. 19 Dig. de contr. emt. (18, 1). Pr. A. L. R. §. 3, Tit. 9; §. 1, Tit. 10; §§. 1. 19, Tit. 11. C. c. art. 1583. 1599. 711. 1141. Oesterr. G. B. §. 1053. Prot. 4610. Oben §§. 85. 104. 107.

Grundsatz festhielten, daß man nicht mehr Rechte übertragen könne, als man habe, übereinstimmend zu dem Schlusse, daß die Waare in das Eigenthum des Käufers übergehe, wenn sie sich im Eigenthum des Verkäufers befunden habe; indem nur diese Wirkung vom Rheinischen Recht schon an den Vertragsabschluß geknüpft,[69] nach gemeinen, Preußischen und Oesterreichischen Rechten aber erst durch die Uebergabe in den Besitz des Käufers vollendet wird.

Alle Rechtssysteme gewähren freilich auch dem Besitzer, der vom Nichteigenthümer gekauft hat, einen gewissen Schutz. Geht dieser so weit, die Rechte des früheren Eigenthümers auszuschließen, so unterscheidet sich der Besitz nicht mehr vom Eigenthume. Daher konnte das Handelsgesetzbuch, welches den redlichen Erwerber kur-
307 sirender Inhaberpapiere und anderer nicht verlorener und nicht ge-
306 stohlener Gegenstände, die ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußerte und übergab, in deren Besitze und freier Verfügung gegen jeden Anspruch aus einem früher begründeten Eigenthume schützen wollte, einen solchen Erwerber geradezu für den Eigenthümer der Waare und das früher begründete Eigenthum für erloschen erklären. Ganz folgerecht muß, sobald die Waare unter den angeführten Voraussetzungen übergeben ist, jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung nicht bekannt war, untergehen.

308 Bei seinem Streben, den Erwerber gegen frühere Rechte an der überkommenen Waare zu sichern, ließ das Gesetzbuch diejenigen Landesrechte, welche demselben noch günstiger sind, bestehen, und das auf dem Vertrage beruhende Verhältniß der Kontrahenten zu einander unberührt. Diesem allein gehört die Römische Bestimmung an, welche, der vorauszusetzenden Gleichberechtigung wegen, dem Verkäufer das Eigenthum auch der übergebenen Waare bis zur Berichtigung des Kaufpreises vorbehielt, damit erst Eigenthum gegen Eigenthum gewechselt werde. Der Käufer muß die Summe in das Vermögen des Verkäufers übertragen. Dieser muß sie verbrauchen dürfen, weil darin ihr Gebrauch besteht. Jene gesetzliche Vertragsbedingung wird abgeändert, wenn der Verkäufer Kredit bewilligt

---

[69]) Nach Ansicht vieler älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller erwirbt die Kirche Eigenthum aus dem bloßen Vertrage. Vergl. z. B. **Brunnemann**, Comm. in l. 23 Cod. Just. (1, 3).

gegen Sicherheitsbestellung oder auf das Wort des Käufers. Eine solche Bewilligung ist nicht nur anzunehmen, wo ausdrücklich auf Kredit gekauft ist, sondern auch, wo dem verabredeten Baarkauf ortsgebräuchlich eine Zahlungsfrist hinzutritt.[70]

VI. Folgen des Verzuges.[71]

§. 120. Der Kaufmann hat die Waare zur Weiterveräußerung angeschafft. Diese ist Lebensbedingung für sein Gewerbe. Ueber den Platz der umgesetzten Waare im Lager ist vom Verkäufer verfügt, über ihre Stelle im Vermögen von beiden Theilen. Je schnellerer Umsatz, desto mehr Gewinn. Einseitige Willkür darf ihn nicht aufhalten. Verzögerung ist Verlust, je länger die Abhülfe ausbleibt, desto größer. Auf welchem Punkte diese eintreten müsse, um die Störung rasch und sicher aufzuheben, weiß der Gestörte am besten selbst. Eine Beengung seiner Wahl durch bisherige Landesgesetze wurde häufig als Rechtsverweigerung empfunden. Auf der anderen Seite ist der Säumige vor einer selbstsüchtigen Ausbeutung des Verzuges zu bewahren. Dies sind die leitenden Gedanken im Handelsgesetzbuche. Die seit drei Jahrzehnten in Wissenschaft und Praxis herangebildete, im gemeinen und Preußischen Rechte schon eingebürgerte Lehre, daß bei marktgängigen Waaren eine Erfüllung nach dem Stichtage nicht mehr möglich sei, und der zu vergütigende Betrag durch den Unterschied des Marktpreises an jenem Tage von dem bedungenen Preise sich darstelle, ist verlassen. Die neuen allgemeinen und umfassenden Vorschriften über den Verzug legen in die Wahl 354
des verletzten Kontrahenten eine dreifache Berechtigung: 355

1. Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung,
2. statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung

zu fordern,

---

[70]) Zu weit geht Brinkmann, H. R. §. 77, der ein solches Kreditiren annimmt, sobald die Waare vor erfolgter Zahlung geliefert wird. Wäre dies richtig, so hätte die l. 19 Dig. de contr. emt. (18, 1) lauten müssen: Quod vendidi fit accipientis, nicht non aliter fit accipientis quam etc. Vergl. Prot. S. 670.

[71]) Motive S. 129 ff. 147. Prot. S. 622 ff. 671—683. 1399—1414. 4591—4605. 5080—5087. Ladenburg bei Goldschmidt 3, S. 460 ff. Pauli im N. Archiv 3, S. 172 ff.

3. von dem Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

359 Hiebei versteht sich, daß wenn die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, das Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage[72] nur in Betreff des von dem anderen Kontrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen kann.

1.

Die beiderseitige Treue ist zur Erfüllung verpflichtet. Das Ziel des Vertrages, ist sie im Falle einer Säumniß das natürliche Ziel der Klage. Dieser Gedanke, welcher schon zur Zeit Ulpians die Römischen Formeln zu zerbrechen anfing, machte sich seitdem in jedem Rechtssysteme geltend. Auch das Handelsgesetzbuch betrachtet den Anspruch auf die bedungene Erfüllung als den regelmäßigen; es nöthigt den Kontrahenten, der einen der beiden anderen Auswege
356 suchen will, dies dem säumigen Gegner anzuzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts es zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung zu gewähren.

Durch Uebergabe der Waare vor der Zahlung wählt der Verkäufer im Voraus die Erfüllung. Eine Wiederaufhebung des Handels, welche auch für diesen Fall das Rheinische Recht gestattete, ist vom Handelsgesetzbuche unter den Wirkungen des Verzuges nicht zugelassen. Das Verfolgungsrecht des Verkäufers, welches nicht im Verzuge, sondern in dem Unvermögen des Schuldners seinen Grund hat, ist unberührt.

Neben der Erfüllung kann Schadensersatz gefordert werden. So allgemein dies lautet, noch allgemeiner gilt die Regel, daß ein unverschuldeter Schade nicht zu ersetzen ist.[73] Darum darf auch dem

---

[72]) Von diesem Wortlaute des Gesetzes ist nicht erwähnt die Umwandlung der Leistung in Schadensersatz, doch kann, sofern die theilweise Leistung als Erfüllung betrachtet werden muß, von einem Verzuge rücksichtlich dieser keine Rede sein. Man hat das Abgehen vom Vertrage hier nicht in dem Sinne genommen, wie in Art. 354. 355. In der Umwandlung wird allerdings von der ursprünglich bedungenen Erfüllung abgegangen, aber auch in dem Schadensersatze erfüllt sich der Vertrag.

[73]) Als eine andere natürliche Beschränkung der allgemeinen Vorschrift versteht sich, daß wenn die Erfüllung nachgeholt ist, noch ein Schade zu decken bleiben muß, und daß nicht künstlich eine Strafe für den säumigen Kontrahenten herausgerechnet werden darf, wie in den Fällen, welche von den Tribunalen zu Dresden

Säumigen der Einwand nicht abgeschnitten werden, daß der Schaden durch gehörige Sorgfalt nicht zu vermeiden war.

Der Umfang des Ersatzes ist nicht, wie man beantragt hatte, auf ein sogenanntes fungibles Interesse beschränkt. Ein solches würde sich der Berechnung entziehen ohne thatsächliche Voraussetzungen. Diese können nur aus dem gerade vorliegenden Falle entnommen werden. Willkürlich und der durchgreifenden Vorschrift des Gesetz- 283
buches nicht entsprechend wäre es, einige dieser Voraussetzungen wegzulassen.

2.

Wenn die Natur des Geschäftes keine verspätete Leistung duldet, so tritt statt ihrer das in Geld veranschlagte Interesse des Berechtigten als Erfüllung des Vertrages ein. Haben die Kontrahenten unterlassen — was ihnen freistand —, dem Geschäfte eine solche 357
Natur zu geben, so läßt sich diese weder vermuthen, noch durch das nachträgliche Verlangen des einen Kontrahenten herstellen. Wenn der Käufer von der Nothwendigkeit, mit der Waare ein segelfertiges Schiff zu versorgen, bei dem Handel nichts sagte, so kommt sie auch bei dessen Beurtheilung nicht in Betracht. Nur was die Parteien bedungen haben, ist ihr Geschäft. Haben diese den Zeitpunkt der Leistung nicht als einen wesentlichen Bestandtheil derselben aufgefaßt, so wird die Umwandlung des Gegenstandes der Erfüllung durch ein Verfahren bewirkt, bei welchem der freie Wille des Säumigen sehr geschont ist. Der Berechtigte darf die Umwandlung begehren, und der Andere kann derselben durch Nachholung des Versäumten in der gesetzten Frist entgehen. Man fand hierin den Säumigen ungleich günstiger gestellt, als dessen Gegner. Dieser ist freilich an seine Wahl gebunden, darf auch die Nachfrist nicht allzu knapp bemessen, weil sodann im Streite, ob eine Leistung nach Ablauf derselben eine rechtzeitige sei, der auf Grund aller vorliegenden Umstände ihm nachmessende Richter dies, nunmehr gewiß zu seinen Ungunsten, bejahen würde; und es gewährt den Anschein, als dürfe der Säumige die Konjunkturen der Nachfrist auf Kosten seines Gegners nutzen: aber

und Lübeck am 7. April 1859 und 28. Dezember 1858 entschieden wurden (bei Goldschmidt 5, S. 284 u. 290). Dort forderten die Käufer neben der Lieferung von Werthpapieren, die gestiegen waren, noch die Kursdifferenz zwischen Schluß- und Stichtag.

wenn schon eine nachträgliche Erfüllung angenommen werden muß, so findet doch daneben der Anspruch auf Ersatz des Schadens statt, und dieser berechnet sich nach denselben Konjunkturen, auf welche der Säumige etwa speculiren könnte. Auch steht es den Kontrahenten frei, im Vertrage jede Nachfrist auszuschließen.

Für die ferneren Bestimmungen ist zu unterscheiden, ob der Käufer oder der Verkäufer im Verzuge ist:

a) Ist der Käufer säumig, so darf der Verkäufer, wenngleich er nicht auf der ursprünglichen Erfüllung besteht, doch keinen Anspruch aus dem Verkaufe erheben, ohne denselben seinerseits zu erfüllen. Er darf die Waare also nicht behalten. Die Abnahme will er nicht verlangen. Es bleibt übrig, daß er sie für den Käufer veräußern läßt und den Erlös in Anrechnung auf seine Schädensforderung vereinnahmt.

Die Veräußerung muß öffentlich, oder, wenn die Waare einen Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, wenigstens durch einen Handelsmäkler, oder in Ermangelung eines solchen, durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise erfolgen. Von der Vollziehung des Verkaufes hat der Verkäufer seinen Käufer, so weit es thunlich ist, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

343 Durch dasselbe Verfahren darf der Verkäufer auch, wenn der Käufer nur die Abnahme verzögerte,[74] sein Lager räumen und sich seiner durch den Verzug nicht aufgehobenen Ueberwachungspflicht entledigen, sofern er nicht vorzieht, die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederzulegen; nur soll er die Veräußerung dem Käufer zuvor androhen, es müßte denn die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge sein.

Der natürliche Wunsch des Verkäufers, von dem fremden Verzuge möglichst wenig Mühe und Aufenthalt zu haben, wird durch

[74]) Dieser Fall kann eintreten, wenn der Vertrag dahin ging, daß der Verkäufer die Waare zur Verfügung des Käufers halte, aber auch, wenn er die Waare an den Käufer übersendet und dieser den Empfang verweigert hat. Sodann erfolgt die Veräußerung auf das Risiko Dessen, der im Streite über die Empfangbarkeit unterliegt. — In Art. 343 ist das Wort „empfangen" in allgemeinerer Bedeutung gebraucht, als in Art. 346.

die Achtung vor dem fremden Gute gemäßigt, welche die bürgerliche Ordnung auferlegt. Wer fremde Geschäfte besorgt, hat Rechenschaft zu geben. Wer dabei, die vom Gesetze angezeigten Wege verlassend, Nebenwege einschlägt, hat nachzuweisen, daß dieselben nach der Berechnung ordentlicher Geschäftsleute dem Anderen vortheilhafter waren. Wenn der Verkäufer auch die öffentliche Veräußerung der Waare ohne Nachtheil für diese nicht abwarten konnte (Austern), wenn jeder Aufenthalt die Kosten unverhältnißmäßig steigern mußte, welche sodann der Käufer zu erstatten hatte, so wird dieser, sofern auch die Veräußerung aus freier Hand oder vor Eingang seiner Antwort auf die Androhung erfolgte, keinen Grund zur Klage haben. Die Mühe des Verkäufers muß vergütigt werden. 290

Da das Veräußerungsverfahren wegen bloßer Verzögerung der Abnahme stattfindet, ohne Rücksicht, ob der Preis bereits bezahlt, oder noch kreditirt war, so entsteht die Frage, welche Wirkung dies Verfahren auf die Wahl des Verkäufers in dem Falle übe, wenn der gleichzeitig oder erst später fällige Kaufpreis ausbleibt? Das ursprüngliche Geschäft ist durch die Veräußerung nicht aufgelöst. In deren Reinertrag ist aber umgesetzt, was der Käufer zu fordern hat. Uebersandt wird ihm derselbe nicht. Gleichartige Forderungen und Gegenforderungen, welche aus demselben Geschäfte entspringen, heben sich auch vor ihrer Fälligkeit bis zum Belaufe ihres Unterschiedes. So weit der Reinerlös den bedungenen Kaufpreis deckt, ist kein Verzug und wegen des ungetilgten Restes keine Wahl mehr denkbar.

b) Anders steht der Käufer, wenn der Verkäufer säumig ist. Hatte dieser die Waare geliefert, so konnte er auf deren Rückgabe nicht mehr rechnen. Geld läßt sich erstatten. Deshalb ist der Käufer durch Vorausbezahlung des Preises nicht gehindert, statt der bedungenen Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Allerdings werden hierdurch vertragsmäßige Rechte ausgeübt, und der Käufer darf sich also seinen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht entziehen, aber gerade von derjenigen, die bedungene Waare abzunehmen, soll er befreit sein. Eine allgemeine Verpflichtung, Waare für Geld zu empfangen, hat er nicht gehabt. Es kann ihm daher nicht obliegen, wenn er Schadensersatz verlangt, eine andere Waare anzuschaffen.[75] Er hat zu erhalten: den Werth der bedungenen

[75]) Prot. S. 4598.

Waare am Lieferungstage, und zu zahlen: den Kaufpreis. Ist dies nicht geschehen, so heben sich beide Ansprüche bis auf ihren Unterschied. Auf diesen beschränkt sich gewöhnlich die Forderung des
283 Käufers, sie kann aber die Erstattung jedes erweislichen Schadens und jedes erweislich entgangenen Gewinnes umfassen.

3.

Die Bestimmungen des Gesetzbuches gelangten durch Aufnahme eines Rücktrittrechts zum sachgemäßen Abschluß. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Erfüllung kann den Kontrahenten nicht aufgedrungen werden. Wenn beide Leistungen sich heben, ist das Geschäft thatsächlich gleich null. Ergäbe sich ein Unterschied, der den Säumigen belastet, so kann der Gegner nicht gezwungen sein, denselben durch die zeitraubende Unruhe widerwärtiger Auseinandersetzungen, beziehungsweise durch Rechenschaft über das Veräußerungsverfahren zu erkaufen.[76] Käme der Unterschied dagegen dem Säumigen zu Gute, so lag es in seiner Macht, sich denselben durch die bedungene Erfüllung anzueignen. Er hat denselben durch Versäumung der Nachfrist wiederholt zurückgewiesen. Der andere Kontrahent, der nicht im Verzuge war, hat keine Verpflichtung, den Unterschied herauszuzahlen.[77] In allen diesen Fällen werden keine Rechte aus dem Vertrage hergeleitet — gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

VII. Besondere Arten des Umsatzgeschäfts.

1. Ueberhaupt.

§. 121. Die allgemeinen Grundsätze über das Umsatzgeschäft, abgesehen von denen, welche gewisse Gegenstände vom Verkehr ausschließen, beschränken nur die Willkür des einzelnen, nicht die Freiheit beider Kontrahenten, sich nach Gefallen über ihre Rechtsverhältnisse zu einigen. Daher wird das ursprüngliche Vorbild, daß die beiderseitigen Willen in dem Augenblicke ihres Zusammentreffens auch den

[76]) Mit Recht aber wurde bei der Berathung ein Antrag abgelehnt, welcher eine Erstattung gewisser Verwendungen unerachtet des Rücktrittes, also eine einseitige Ausbeutung des Vertrages zulassen wollte.

[77]) Eine solche Pflicht besteht allerdings Seitens des Verkäufers, der die Waare für Rechnung des Käufers veräußert hat, da seine Wahl unwiderruflich ist.

Austausch der Leistungen vollziehen, in mannigfachen Abweichungen verlassen, welche die Entstehung oder die Wirkung der Verbindlichkeiten berühren. Nur die im Handelsverkehre hauptsächlich verbreiteten sind darzustellen. Die Gesichtspunkte, aus denen dies geschieht, werden auch bei anderen zu betreten sein. Die Geschäfte, welche an der Börse vorzukommen pflegen, verstehen sich am leichtesten im Zusammenhange.

2. Zwangsverkauf, öffentlicher Verkauf, Versteigerung.

§. 122. Der freie Wille ist der Grundstoff jedes Vertrages. Zwangsenteignung gegen Geldentschädigung[78] ist kein Kauf. Ein solcher aber ist vorhanden, wenn die Sache von einem Anderen in Geld umgesetzt wird, als dem sie zukommt. Sofern dieser, unerachtet er den Anderen nicht zu seinem Stellvertreter erkoren hatte, den Umsatz auf seine Rechnung nehmen muß, kann man von seinem Standpunkt sagen, es sei ein Zwangsverkauf. Auf welche Beziehung zwischen zwei Personen sich die Befugniß zu Veräußerungen für fremde Rechnung gründet, bestimmen die Gesetze. Ihr werden durch den Urtheilsspruch, welcher eine Zahlungspflicht feststellt, die Vermögensstücke des Schuldners, jedoch mit gewissen vorgeschriebenen oder hergebrachten Ausnahmen unterworfen.[79] Sie steht dem Pfand-
gläubiger an dem Pfande zu, und ist vom Handelsgesetzbuche 315
dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte, sowie dem Verkäufer beim 343
Verzuge des Käufers, auch diesen beiden an der beanstandeten Waare 348
beigelegt. Die Besonderheit beruht hier nicht im Kaufvertrage, son- 354
dern in der zugelassenen nothwendigen Stellvertretung.

[78]) Sie kommt nicht allein bei Liegenschaften vor. (Vergl. hierüber Koch, Deutschlands Eisenbahnen I.) Das Staatswohl kann dieselben auch bei Gegenständen, die sonst Handelsartikel sind, fordern, z. B. im Falle der Hungersnoth bei Getreide. Im Kriege sind jetzt Requisitionen an Stelle der früheren regellosen Plünderungen auf feindlichem Gebiete gebräuchlich. Sie umfassen alle Bedürfnisse der Armee, und pflegen sich dadurch von gewöhnlichen Expropriationen zu unterscheiden, daß über die entnommenen Gegenstände nur Quittung ausgestellt, aber die Festsetzung der Entschädigung den Regierungsbehörden überlassen wird. So verfuhren die Deutschen Truppen in Jütland 1849.

[79]) Gad, zur Bestimmung der Grenzen S. 16. 26. 36 ff. und bei Gruchot S. 372. 382. 392 ff. für das gemeine, Rheinische und Preuß. Recht. Für Oesterr. Pr. O. §§. 340. 283. Bayer. Ges. vom 17. November 1837 §§. 71 ff. Königl. Sächs. Exek. Ges. vom 28. Februar 1838 §. 46. Hannov. Pr. O. §. 551.

Solche Veräußerungen sind jedoch, weil der Berechtigte Partei ist, mit seltenen Ausnahmen öffentlichen Behörden, meist den Gerichten übertragen,[80] und an deren Einwirkung — nicht an das von ihnen einzuschlagende Verfahren — knüpfen neuere Landesgesetze einige Abweichungen:

Der Käufer wird in Preußen und Oesterreich vor Eigenthumsansprüchen Dritter geschützt, was nach Rheinischem Rechte selbstverständlich, nach gemeinem Rechte nicht anzunehmen ist; er darf aber im gemeinen und Oesterreichischen Rechte nicht wegen Verletzung über die Hälfte, im Preußischen und Rheinischen Rechte auch nicht wegen Mangels vorausgesetzter Eigenschaften klagen.[81]

Das Verfahren, welches jene Behörden zur Ermittelung eines Käufers anwenden müssen, die Versteigerung, ist allgemein gestattet. Dabei ist nur bemerkenswerth, daß die Einladung zur Ab-
337 gabe von Geboten, weil erkennbar an mehrere Personen gerichtet, noch keinen verbindlichen Antrag zum Kauf enthält, daß also erst die Abgabe des Gebots als Antrag, und die Genehmigung des Meistgebots — der Zuschlag — als Annahme erscheint, durch welche der Vertrag zum Abschluß kommt.

3. Bedingte Käufe.[82] Kauf auf Besicht oder Probe.

§. 123. Die Gültigkeit des Vertrages kann von dem Eintritte oder Nichteintritte eines ungewissen — also noch nicht eingetretenen, aber möglichen — Ereignisses abhängen. Dessen Herbeiführung kann außer der Macht der Kontrahenten liegen, oder einem derselben über-

---

80) Aber auch den Mäklern gestattet, z. B. in Preußen, Einf. Ges. Art. 9 §. 3 und Bayer. Einf. Ges. Art. 23.

81) Für das gemeine R. Sintenis §. 96. v. Holzschuher III, S. 685 ff. Brinkmann, H. R. §. 69. Treitschke, Kfk. S. 69. 261. Pr. A. L. R. §. 42, Tit. 15; §§. 313. 343 f., Tit. 11, Th. I. Koch, R. d. Ford. III, §. 331. C. c. art. 1649. 1684. 2279. Oesterr. G. B. §§. 1089. 367. 930. 935. Oben §. 85. — Wo nicht gesetzlich die Nachwährschaft für Mängel ausgeschlossen ist, pflegt dies bei solchen Verkäufen regelmäßig durch Klauseln, z. B. „wie zu besehen," zu geschehen.

82) v. Savigny, Syst. 3, §§. 116 ff. Treitschke, Kfk. §§. 42 ff. Goldschmidt in s. Zeitschr. 1, S. 270 ff. Gruchot in s. Beitr. 1, S. 157 ff. 497 ff. Bornemann, Syst. I, §§. 32 ff. Heydemann, Einl. S. 179 ff. Pr. A. L. R. §§. 99 ff., Tit. 4; 226 ff., Tit. 5; 258 ff., Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1168 ff. Oesterr. G. B. §§. 696 ff. 898 ff.

lassen sein. Bis zur Gewißheit hat man entweder die Vollendung oder die Auflösung des Vertrages hinausgeschoben. Ueber die Wirkung einer auflösenden Bedingung sind keine Zweifel; bis zu ihrem Eintritt gilt der Vertrag mit allen seinen Folgen; durch ihren Eintritt wird der Vertrag gelöst, als ob er niemals bestanden hätte. Die Unterscheidung aber, ob die Kontrahenten eine solche Bedingung oder eine vollendende gemeint, kann Schwierigkeiten machen.

Der richtige Gedanke des gemeinen und Preußischen Rechts, daß wenn die Uebergabe vollzogen ist, die beigefügte Bedingung sich eher als eine auflösende darstellt, wird auch am Handelsgerichte Einfluß behalten. In einem Falle, dem Kauf auf Besicht oder
auf Probe, entscheidet das Gesetzbuch allerdings mit Recht für die 339
entgegengesetzte Vermuthung, denn ist der Zweck der Uebergabe einmal bestimmt, so läßt dieselbe keine Schlüsse auf die Absicht der Parteien frei.[83]

Wird auch die Vollendung des Kaufvertrages aufgeschoben, so besteht doch schon vorher ein Vertrag, durch welchen wenigstens eine der Parteien bis zur Entscheidung, und nach Umständen über diese hinaus, gebunden bleibt. Für die Beurtheilung der Rechte und Verbindlichkeiten, die aus einem solchen Vertrage fließen, ist festzuhalten, daß er seine Erklärung in sich selbst finden muß, nicht in Vorschriften über die Vertragsart: „Kauf," welche noch gar nicht vorliegt. Insbesondere gilt dies vom Uebergange des Nutzens und der Gefahr: Wird der Gegenstand des Handels vor Eintritt der Bedingung gänzlich vernichtet oder dem Verkehr entzogen, so kann der beabsichtigte Kaufvertrag darüber nicht zu Stande kommen. Hierin sind die Rechtssysteme einig. Verbesserungen und Verschlechterungen, welche die vorausgesetzte Natur der Waare nicht verändern, muß, unbeschadet abweichender Vereinbarungen, nach der oben ausgeführten Grundregel, welche für diesen Fall in den Römischen Quellen wiederholt,[84] auch vom Preußischen und Oesterreichischen Gesetze nicht mehr verleugnet ist, der Käufer übernehmen, sofern der Verkäufer kein Versehen zu vertreten hat. Zwar scheint dies mit dem Grundsatze der angeführten neueren Landesrechte, daß Nutzen und Gefahr erst

---

[83]) Motive S. 135.

[84]) Thöl, H. R. §. 76. Mommsen, Beiträge 1, S. 337. l. 8 pr. Dig. de peric. (18, 6).

mit der Uebergabe dem Käufer zukommen, nicht vereinbar, weil es dem Rechtsgefühle widerstrebt, daß die Gefahr bis zum Eintritt der Bedingung vom Käufer, und nachher bis zur Uebergabe wieder vom Verkäufer getragen werde. So aber rächt sich die Naturwidrigkeit jenes Grundsatzes.[85] Die beiden Landesrechte haben ihn bei bedingten Käufen nicht nur nicht durchgeführt, sondern für einen erheblichen Fall ausdrücklich aufgegeben: Ist ein Kauf auf Wiederverkauf[86] geschlossen, so liegen in einem solchen Vertrage zwei Kaufverträge, der jetzt vollendete, welcher rückgängig gemacht werden kann, und der erst mögliche, aber durch die Verpflichtung der Kontrahenten schon angebahnte (suspensiv bedingte) Wiederkauf. Auch nach jenen Rechtssystemen muß der Wiederkäufer die Sache in dem Stande empfangen, wie sie sich befindet; und der Verkäufer hat nur für sein Verschulden einzustehen.

Das Rheinische Recht[87] enthält hier eine abweichende Bestimmung: der Käufer hat bei bedingten Käufen, wenn die Sache ohne Schuld des Verkäufers verschlimmert ist, die Wahl, ob er den Vertrag auflösen, oder ohne Abzug vom Preise die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, nehmen will.

Die scharfe Sonderung des noch bedingten Kaufes von dem ihn vorbereitenden Vertrage führt auf den richtigen Standpunkt in dem Streite über die Beweislast: Wer aus dem Kaufe klagen will, muß dessen Vollendung darthun, also, wenn der Gegner eine aufschiebende Bedingung behauptet, daß diese nicht verabredet, oder daß sie erfüllt sei.

Zu den bedingten Käufen gehört der bereits erwähnte Kauf auf Besicht oder auf Probe.[88] So bezeichnet das Handelsgesetz-

---

85) Oben §. 118.

86) Pr. A. L. R. §§. 298. 299. 328, Tit. 11, Th. I. Oesterr. G. B. §§. 1068. 1069. 1071. Bornemann a. a. O. §. 33.

87) C. c. art. 1182.

88) Die Motive des Preuß. Entwurfs S. 134 ff. fanden erhebliche Meinungsverschiedenheiten über diesen Handel vor. Vergl. Thöl, H. R. §. 71. Brinkmann, H. R. §§. 84 f. Die Gesetzgebung erhielt in dem Aufsatze von Hirsch (N. Arch. 1, S. 155 ff.), in der Gegenäußerung (daselbst S. 439), sowie in der gediegenen Abhandlung von Goldschmidt in s. Zeitschr. 1, S. 66—131; 262—284; 386—455, und in den dadurch hervorgerufenen Erörterungen von Fitting daselbst 2, S. 203—282, Unger daselbst 3, S. 386—415 ein reiches Material.

buch einen Kauf, „welcher unter der in dem Willen des Käufers 339
stehenden Bedingung geschlossen ist, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde." Der Verkäufer ist gegen den anderen Kontrahenten gebunden. Dieser bringt nach seinem Belieben den Kauf zum Abschluß. Die Untersuchung der Waare ist sein Recht. Der Verkäufer kann dieselbe nicht verlangen, ebenso wenig Gründe der Ablehnung oder die Annahme der Waare, wenn sie auch allen Anforderungen von Sachverständigen entspräche; nur die Erklärung des anderen Kontrahenten kann er, wenn keine Frist verabredet oder ortsgebräuchlich ist, nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit fordern. Dessen Schweigen bis zum Ablaufe der Frist oder auf die Aufforderung zur Erklärung gilt als Genehmigung, wenn er, als Ablehnung, wenn der Verkäufer die Waare im Besitze hat. Ueber die Haftung wegen verborgener Mängel wird durch das
Belieben, welches den Kauf zum Abschluß bringt, nichts festgestellt. 347

Zu unterscheiden sind von dem Kaufe auf Besicht oder Probe nach ausdrücklicher Vorschrift des Handelsgesetzbuches:

1. der Kauf nach Probe oder Muster: dieser ist unbedingt, 340
jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, daß die Waare der Probe gemäß sei;
2. der Kauf zur Probe: dieser ist unbedingter Kauf unter Hinzu- 341
fügung des Beweggrundes.

Zu unterscheiden sind aber auch solche Verträge, welche die kaufmännische Gewohnheit bereits zu besonderen, dem Handel auf Besicht oder auf Probe nicht untergeordneten Geschäften ausgebildet hat. Die Ausdrücke Nachstechen, Nachziehen bezeichnen ohne Zweifel nur Mittel einer Prüfung bei gewissen Waaren, aber ebenso unzweifelhaft versteht der Handelsgebrauch in Hamburg unter einem Kauf „auf Nachstechen" (bei Kaffee und Zucker) und „auf Nachziehen" (bei Baumwolle) etwas Anderes als einen Handel auf Besicht. Die durch Nachstechen und Nachziehen geprüfte und empfangbar befundene Waare darf nicht zurückgewiesen werden.[89] Die Klausel „wie zu besehen" steht der Klausel „auf Besicht" nicht gleich. Es ist damit in der Regel nur gesagt, daß die Waare bei dem beabsichtigten Handel vorgelegt, und wenn derselbe sodann „wie be-

[89]) Hirsch a. a. O. S. 165. Goldschmidt a. a. O. S. 441.

sehen" geschlossen sei, wegen sichtbarer Mängel nicht mehr beanstandet werden solle.[90]

278 Der freie Wille der Kontrahenten, welcher, als wesentlichstes Erforderniß aller Verträge, auch durch die gesetzliche Erläuterung des Kaufes auf Besicht oder Probe nicht beschränkt ist, bedient sich für
279 das zu begründende Rechtsverhältniß des im Handelsverkehre hergebrachten kurzen Ausdrucks.

Dagegen sind die Vorschriften des Gesetzbuches nunmehr auf alle Geschäfte zu beziehen, welche nach ausdrücklicher Verabredung, oder nach den Handelsgebräuchen, oder nach den Landesgesetzen als auf Besicht oder Probe geschlossen gelten müssen.[91]

Bedingte Käufe. Gattungskauf.

§. 124. Als eine Art bedingten Kaufes wurde bereits das Abkommen bezeichnet, welches die Ausmittelung des Preises für eine Menge Waaren nach der unbekannten Anzahl von Maßeinheiten vorbehält. Der Kauf gelangt erst durch deren Zählung zur Vollendung.[92] Bis dahin trägt nach allen Rechtssystemen der Verkäufer die Gefahr. Ein scheinbares Zusammentreffen in diesem Punkte hat zur unrichtigen Beurtheilung des Kaufes über eine bereits gegebene Anzahl von Maßeinheiten geführt. Freilich kann von der Gefahr der einzelnen Sache

---

90) Thöl, H. R. §. 82. Brinkmann, H. R. §. 86. Goldschmidt a. a. O. S. 443.

91) Cod. Max. Th. 4, Cap. 4, §. 5: sofern es eine Sache ist, welche dem Geschmack nach verkauft zu werden pflegt, z. B. Wein, Mäth, Brandwein, so heißt es venditio ad gustum. So viel nun 2[do] diesen letzteren Kauf belangt, wird solcher vor der Auskostung nicht pro perfecto gehalten, es seie denn ein anderes bedungen, oder der Käuffer auf den beederseit beliebten Auskostungstag nicht erschienen. C. c. art. 1587. Den Versuchen, diesen dem Handelsverkehr durchaus nicht entsprechenden Artikel wegzuinterpretiren, tritt mit Recht Goldschmidt a. a. O. S. 412 ff. entgegen. — Nach Ortsgebrauch in Hamburg gilt der Kauf über Stuhlrohr, in Bremen über Südseethran, Reis, Kaffee — vorausgesetzt, daß eine am Orte lagernde bestimmte Waare der Gegenstand ist — als auf Probe eingegangen, in Marseille jeder Kauf, der nicht Lieferungskauf ist. In Bremen wird die Vermuthung ausgeschlossen durch die Klausel „Empfang erklärt," in Marseille durch die gleichbedeutende „vu et agréé." Damit ist dem Anspruch auf Gewährleistung wegen verborgener Mängel nicht entsagt. — Thöl, H. R. §. 82. Goldschmidt a. a. O. S. 444. N. Archiv 1, S. 263 f.

92) Oben §. 108.

erst die Rede sein, wenn solche, als für den Käufer bestimmt, aus der Gattung heraustritt; der Kauf ist aber unbedingt: der Preis ist gewiß, der Gegenstand unterschieden; die Gefahr der Gattung also trägt nach gemeinem und Rheinischem Rechte der Käufer seit Abschluß des Vertrages. Man hat nicht nöthig, die Römischen Quellen so zu verstehen, daß sie unter einander in Widerspruch[93] gerathen. Die beiden erwähnten Verträge kommen also nur darin überein, daß die Gefahr des Einzelgegenstandes nicht vor dessen Ausscheidung aus der Gattung auf den Käufer übergeht. Diese Ausscheidung darf, wie die Römischen Quellen hinlänglich anzeigen, wie auch im Wesen des die Willkür bindenden Vertrages begründet ist, nicht einseitig vom Verkäufer vollzogen werden, aber der Käufer hat ihm dieselbe meistens, namentlich beim Handel von einem Orte zum anderen, über-

[93]) Ein solcher Widerspruch (den z. B. v. Vangerow III, §. 635, Thöl, H. R. §. 73 und Mommsen a. a. O. S. 340 einräumen) deutet immer auf ein Mißverständniß. Auch Thöl würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Käufer die Gefahr der Gattung auferlegen (l. 34 §. 6 Dig. de contr. emt. [18, 1], l. 8 Dig. de periculo [18, 6] u. Tit. Cod. de periculo [4, 48]), wenn nicht l. 35 §. 7 Dig. de contr. emt. wäre. Diese aber steht nicht entgegen, wenn man die hergebrachte Erklärung aufgiebt. Man muß die Stelle in ihrem Zusammenhange betrachten. Gajus unterscheidet die möglichen Arten Gattungskäufe. Ist für eine gewisse Menge ein dieselbe umfassender Preis verabredet, so treten die gewöhnlichen Grundsätze vom Handel über bestimmte Sachen ein. Soll der Preis nach unbekannten Maßeinheiten sich ergeben, so bedarf es eines neuen Rechtsaktes, der Zumessung, Zuwägung u. s. w., wenn der Kauf vollendet werden soll. Der vollendete Kauf hat sodann eine bestimmte Sache zum Gegenstande, und der Uebergang der Gefahr kann nur die bestimmte Sache treffen. An diese Gefahr also kann Gajus nur gedacht haben, nicht an die Gefahr der Gattung, in dem folgenden eng angeschlossenen Satze: „Aber auch, wenn aus einer Kellerei ein Theil des Weins, z. B. 100 Maß, verkauft sind, so muß man annehmen, — was die Natur der Sache lehrt —, daß ebenfalls vor der Zumessung alle Gefahr (des Unterganges und der Verschlechterung) beim Verkäufer bleibt." Daß, wenn aller Wein im Keller zu Grunde ging, z. B. von Feinden ausgetrunken oder sauer wurde, der Verkäufer die Gefahr tragen sollte, davon konnte Gajus nicht sagen: „constare videtur"; wohl aber lag es in der Natur der Sache, daß der Verkäufer nicht frei wurde, wenn ein Faß umschlug, hätte er auch dieses Faß vorher in Gedanken für den Käufer ausgewählt. Vergl. l. 5 Dig. de periculo, welche, von demselben Falle redend, ausdrücklich sagt: Donec admetiatur, omne periculum venditoris est. Das Verständniß dieser Stelle wird erleichtert, wenn man, die gewöhnliche Interpunktion ändernd, hinter praestari ein Kolon und vor donec ein Semikolon setzt.

lassen. In solchem Falle genügt es, wenn der Verkäufer seinen Willen, gerade die bestimmte Waare zu liefern, dem Käufer auf eine zuverlässige Weise erklärt hat. Dies geschieht bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange durch Uebersendung der Faktura oder Rechnung.[94] Mit der Ausscheidung ist nicht immer die Uebergabe verbunden, durch welche in Preußen und Oesterreich der Besteller erst die Gefahr des Einzelgegenstandes überkommt.

Von diesem Grundsatze wenden sich die Rechte beider Länder zu dem Naturgesetze zurück bei dem Handel in Pausch und Bogen,[95] bei welchem für eine zusammen vorgestellte Menge von Einzelgegenständen ein Preis bedungen ist. Es mußte allzu bedenklich scheinen, den Verkäufer einer Heerde für den unvermeidlichen Abgang aufkommen zu lassen. Die Umkehr ist aber unvollständig: Das Preußische Landrecht befreit den Verkäufer von der Gefahr einer Verschlechterung mit dem Vertragsabschlusse, von der Gefahr vollständiger Vernichtung des Ganzen wieder erst mit der Uebergabe; das Oesterreichische Gesetzbuch läßt den Käufer die Gefahr seit dem Vertragsabschlusse tragen, sofern dadurch der Werth des Ganzen nicht über die Hälfte vermindert ist.

4. Fixgeschäfte.[96]

§. 125. Auch die regelmäßigen Folgen des Verzuges können von den Kontrahenten geändert werden.

Durch eine Verabredung, wonach

357 die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll,

wird der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Regel; aber die Annahme, daß der Wille der Kontrahenten, welcher einmal ernstlich auf Erfüllung gerichtet war, noch ferner fortbestehe, ist

---

94) In diesem Sinne entspricht also die Ansicht des Handelsstandes, daß die Gefahr auf den Käufer schon dann übergehe, wenn die Waare fakturirt und die Faktura an den Käufer abgesendet sei (Prot. S. 639 und Stern bei Siebenhaar 7, S. 39 ff.), vollkommen den Rechtsbegriffen. Was im Großhandel die Faktura, ist im Verhältniß des Kaufmanns zu dem Konsumenten die Rechnung.

95) Gruchot, Vom Kaufe in Pausch und Bogen, bei Goldschmidt 3, S. 471 ff. Pr. A. L. R. §§. 117 ff., Tit. 11, Th. I. Oesterr. G. B. §§. 1064. 1049.

96) Vergl. §. 120 und Note 71.

auch für diesen Fall nicht gänzlich aufgegeben. Der Verkäufer hat Anlaß, die wirkliche Abnahme vorzuziehen, wenn er durch den Verkauf den Preis der Waare, welche den Gegenstand seines Handelsgewerbes ausmacht, zu drücken fürchtet, und er erwarten kann, der Käufer werde für dieselbe an einem anderen Orte Verwendung suchen. Dem Käufer ist vielleicht die Waare für sein Gewerbe nöthig, wie dem Brauer die erkaufte Gerste, er findet aber nicht genug in seiner Gegend. Die angeführte Vertragsbestimmung deutet freilich darauf hin, daß eine spätere Leistung nicht als die bedungene Erfüllung betrachtet werde. Deshalb ist dies, wenn es ausnahmsweise doch geschehen soll, unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem anderen Kontrahenten anzuzeigen.

Der Rücktritt vom Vertrage ist gleichfalls gestattet, aber der Berechtigte, dem es so genau auf pünktliche Erfüllung ankam, wird selten dazu geneigt sein, denn gerade auf der günstigen Gestaltung seiner Konjunkturen pflegt der Verzug des Gegners zu beruhen. Nur, wenn sich kein erheblicher Unterschied für ihn ergiebt, und noch bessere Preise für seine Waare in Aussicht stehen, wird er den sicheren Gewinn aus dem geschlossenen Geschäfte schwinden lassen. Der Säumige muß also auf die Schädensrechnung gefaßt sein. Das Gesetz sagt nicht, wie lange?

Man dachte bei der Berathung hauptsächlich an Börsen- und Marktgeschäfte, sowie an Vorkehrungen gegen deren Ausartungen in Differenzenhandel. Deshalb ist von den bezeichneten Folgen des Verzuges nur die Differenzfeststellung bei Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, ausgeführt:

Der Verkäufer muß dieselben unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist verkaufen, wenn der Verkauf als auf Rechnung des Käufers geschehen, gelten soll. Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich, wohl aber eine ungesäumte Anzeige, wenn der Verkauf bewirkt ist. Hiernach läßt sich allerdings berechnen, binnen welcher Frist der Käufer Nachricht von einer beabsichtigten Schädensforderung zu erhalten hat.

Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz verlangt, so besteht der Betrag desselben in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, vorbehaltlich der Nachweisung eines höheren Schadens. Die allgemeine kaufmännische Gewohnheit, solche Geschäfte

auf gewisse zur Liquidirung der Differenzen ein für alle Mal bestimmte Tage abzuschließen, ist hierbei dem Säumigen von Nutzen, weil er bei seinem Erscheinen am Liquidations-Platze erfahren wird, ob und wie viel der Verkäufer fordert. Sein Ausbleiben an solchem Tage würde, wenn kein Bürge eintritt, von einer Zahlungseinstellung nicht zu unterscheiden sein. Für solche Geschäfte würde man also eine gesetzliche Fristbestimmung zur Ausübung des Wahlrechts nicht vermissen.

In Betreff anderer Fixkäufe, die nicht als Markt- oder Börsengeschäfte zu betrachten sind, ist eine solche Bestimmung nicht entbehrlich. Um den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, darf man den neu geschaffenen Boden seiner Vorschriften über den Verzug bei Kaufgeschäften nicht verlassen, um die Erklärung aus Rechtsgebieten zu entnehmen, von denen er sich unzweideutig losgesagt hat:

Fixgeschäfte sind eine Art betagter Umsatzgeschäfte. Deren Regeln gelten also, wo keine Abweichungen geboten sind. Der begriffsmäßige Unterschied liegt im Einflusse des Verzuges auf die bedungene Erfüllung. Eine solche wird bei Fixgeschäften zwar noch als möglich, jedoch nur ausnahmsweise als geeignet betrachtet, die Rechtsverletzung auszugleichen. Indem man, um diesen Unterschied hervorzuheben, die
357 beabsichtigte Vorschrift für Fixgeschäfte aussprach, erklärte man gleichzeitig, daß für sie Artikel 356 nicht zur Anwendung komme. Dessen Inhalt steht aber mit jener Vorschrift nur theilweise in Widerspruch, und wird von derselben bezüglich des Wahlrechtes zwischen Differenzklage und zwischen Rücktritt nicht berührt. Man kann nicht annehmen, daß er dennoch auch in dieser Beziehung wegfallen sollte. Die dadurch entstehende Lücke ließe sich im Geiste des Gesetzbuches immer nur durch Wiedereinfügung des Weggefallenen ausfüllen: Der Verkäufer soll nicht auf Kosten des säumigen Käufers mit der Waare spekuliren. Darum muß er sich schnell entschließen, ob er für dessen Rechnung oder für eigene verkaufen will. Bei regelmäßigen Kaufgeschäften ist dies in einer Anzeige an den Käufer auszudrücken, welche sich nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange als eine sogleich erfolgte darstellt. Bei den fixen Börsen- und Marktgeschäften können in einer solchen Anzeigefrist mehrere Gelegenheiten zum Verkaufe und mehrere Kursnotirungen stattfinden, auf welche sich spekuliren ließe. Der entschiedene Wille des Gesetzes, der dem Verkäufer auch

einen so kurzen Spielraum versagt, konnte denselben nicht bei anderen Fixgeschäften ins Ungemessene erweitern. Die Pflicht zur umgehenden Anzeige wird auch bei ihnen gelten. Ist dies richtig, so fordert die Parteiengleichheit, daß ebenso der säumige Verkäufer alsbald erfahre, welche Wahl der Käufer getroffen hat; und es entspricht nicht minder den Bedürfnissen des Handelsstandes, welchem alles Schwanken in seinen Rechtsbeziehungen zuwider ist, daß der Käufer, wenn er eine Forderung aus dem Geschäft erheben will, davon den Gegner unter Zustellung einer Rechnung sofort in Kenntniß setze.

Den Verzug darf jeder Kontrahent, — wo nicht Handels- 358
gebrauch dazu verpflichtet —, auf Kosten des Säumigen durch eine öffentliche Urkunde (Protest) feststellen lassen.

5. Börsenhandel.[97]

§. 126. Gewinn sucht jeder Kaufmann. Auf genaue Kenntniß seiner Waare gründet er sein Gewerbe sicher, aber Kenntnisse zu sammeln, kostet Anstrengung, und diese scheuen Viele. Am schwierigsten vorauszusehen sind, wenn man sie nicht machen kann, die Konjunkturen der Werthpapiere. Hier also ist eine überlegene Kenntniß selten zu fürchten. Hier ist Gewinn ohne Arbeit möglich. Daß ein Gewinn ohne Einsatz undenkbar, und die eigene Arbeit der einzige Einsatz ist, bei welchem man nie verliert, — es gehört heut zu Tage fast Muth dazu, es auszusprechen. So erklärt sich die unermeßliche Ausdehnung des Papierhandels an den Börsen, welcher nur durch besondere örtliche Liebhabereien für andere Gegenstände zeitweise über-

[97]) Der Ursprung des Namens Börse ist zweifelhaft, gewiß ist, daß der Versammlungsort der Kaufleute zur Besprechung ihrer Geschäfte in Toulouse 1549 Börse genannt wurde. Jetzt ist der Name in Deutschland, Frankreich und Italien allgemein, in England der Name Exchange, Change. Besondere Börsenordnungen verbreiten sich über den Zweck der Börse, die Personen, welche zugelassen und welche als Beamte angestellt werden sollen, über die Geschäftsstunden und die innere Polizei. Vergl. die Börsenordnung für Berlin vom 7. Mai 1825 (G. S. S. 137 ff.), für Stettin v. 17. März 1832 (G. S. S. 121 ff.) unten Note 103, Preuß. Einf. Ges. Art. 3; auch Blodig, Oesterr. Ges. v. 26. Februar 1860 über Waarenbörsen und Börsensensale bei Goldschmidt 3, S. 534 ff. Bender, H. R. §§. 169 ff. Fischer, H. R. §§. 182 ff. Ueber Börsengeschäfte: Thöl, Verkehr mit Staatspapieren (Göttingen 1835). v. Gerber, D. Pr. R. §. 179. Beseler, D. Pr. R. §. 226. H. R. von Thöl §§. 70. 87 ff. Brinkmann §§. 89 ff. Ladenburg bei Goldschmidt 3, S. 416—470. Malß daselbst 4, S. 1 ff.

holt wird, und die Mannigfaltigkeit künstlicher Geschäfte, welche in diesem Handel zur Ausbildung gelangt sind.

Soweit diese Geschäfte sich lediglich nach den Beweggründen der Kontrahenten unterscheiden, wie das sogenannte vereinigte Geschäft,[98] könnten ihre Merkmale vor dem Richter höchstens in Betracht kommen, wenn er die Veranlassung zu einem Konkurse ermitteln wollte. Für das Rechtsgebiet sind nur die Beziehungen erheblich, welche zwischen den Kontrahenten begründet werden.

Von dem Tageskaufe ist auszugehen. Bei diesem soll die Uebergabe dem Abschlusse sogleich folgen. Das „sogleich" ist nach den Umständen zu ermessen. Der Gegensatz ist Lieferungskauf. Hier rechnen beide Theile auf Veränderung des Kurses im Verhältniß zu dem festgestellten Kaufpreis, meist der Verkäufer auf das Fallen, der Käufer auf das Steigen.

Sie können auch beide dieselbe Veränderung erwarten, aber der Käufer sucht nur den Zinsgenuß, während die Spekulation auf die Kurse dem anderen Theile unbenommen bleibt. In diesem Falle des Reportgeschäfts,[99] auch Prolongation genannt, verkauft der Käufer (Prolongant) die bezogenen Papiere sogleich für eine spätere Zeit zurück, so daß bis dahin ihm der Zinsgenuß und dem Verkäufer die Nutzung des Kaufgeldes gebührt. Die Zinsen zahlt regelmäßig der Verkäufer mit dem Kaufpreise, welchen der Verkäufer bei Rücknahme der Papiere zu entrichten hat. Werden diesem nun auch die Papiere während der Zwischenzeit belassen, so geht das Geschäft völlig in ein verzinsliches Darlehn über, nur daß die Zinsen nach dem Nennwerth des Papiers, voraussichtlich also höher bemessen werden, als sie nach

[98]) So übersetzt Thöl das Pariser: Se faire une commune. Verkehr S. 57 ff. H. R. §. 90. Es kauft Jemand Papiere zu verschiedener Lieferungszeit und verkauft sie später gleichzeitig. Dies sind drei Geschäfte, welche allerdings auch in der Berechnung des Spekulanten vereinigt werden könnten. Er will den während der beiden Lieferungszeiten erlittenen Verlust durch das spätere Steigen ausgleichen. Dies kann er aber durch jedes andere Geschäft.

[99]) Dies ist nicht der einzige Fall: Wenn aber der Kapitalist den Tageskauf und den Zeitverkauf mit verschiedenen Kontrahenten abschließt, so liegt hierin für die Rechtsbetrachtung nichts Besonderes. Unter Report wird der Unterschied beider Preise verstanden. Wenn der Name Prolongation richtig gegriffen ist, so scheint das im Texte beschriebene Geschäft seinen Ursprung darin zu haben, daß der Schuldner für die erbetene Zahlungsfrist, also bei der Prolongation, dem Gläubiger zugleich hohe Zinsen und Deckung geben mußte.

den bisherigen Gesetzen in Handelsgeschäften zulässig waren. Seitdem der Zinssatz für Darlehne, welche ein Kaufmann empfängt, nicht 292
mehr beschränkt ist, scheint jeder Anlaß zu einem solchen Prolongationsgeschäft gehoben.[100]

Die Kontrahenten können ferner, um die erwartete Gefahr der Kursveränderung zu theilen, den Preis höher oder niedriger als den Tageskurs bestimmen. Der Unterschied ist eine Prämie für die Uebernahme der Gefahr. Doch fordert die Gleichberechtigung der Parteien für den Prämiengeber eine Entschädigung. Diese liegt ganz sachgemäß darin, daß er die Gefahr nur in Höhe der Prämie zu tragen hat, und erhält ihren regelmäßigen Ausdruck dadurch, daß dem Prämiengeber der Rücktritt vorbehalten wird. Man spricht dabei, indem man das Verhältniß von der anderen Seite zu betrachten pflegt, von einer Prämie für den Rücktritt, nennt aber ein solches Geschäft im Ganzen Prämiengeschäft. Dasselbe kommt in den mannigfachsten Gestalten vor:

1. Das einfache Prämiengeschäft. Der Rücktritt ist als ein vollständiger, das ganze Geschäft auflösender gedacht. Die Prämie kann für das bloße Recht zum Rücktritt bedungen sein. Wenn der Käufer nach Wahl des Verkäufers empfangen muß, so heißt sie Empfangsprämie; wenn der Verkäufer nach Wahl des Käufers liefern muß, Lieferungsprämie.[101] Hier ist also nicht der Rücktritt vorbehalten für den Fall des Verzuges (Erlöschungsklausel); sondern, weil der Rücktritt vorbehalten ist, kein Verzug vorhanden. Der andere Kontrahent, der sich den Rücktritt nicht gewahrt hat, kann im Verzuge sein. Dadurch aber wird der Gegner nicht berechtigt, die bedungene Prämie zu verweigern, oder die gezahlte zurückzufordern. Was ihm für die Prämie zukam, das Wahlrecht, ist ihm geworden. Er hat es ausgeübt, indem er nicht zurückgetreten ist. Die Prämie kann in diesem Falle nicht als Reugeld angesehen werden, sie wird versprochen, oder, was üblicher ist, vorausgegeben

---

100) Vergl. die Ausführung des Kassationsraths Bresson (1857) über den Report bei Goldschmidt 1, S. 328, wo auch eine Uebersicht der Französischen Bestimmungen gegen Differenzgeschäfte gegeben ist.

101) So Thöl, Verkehr §§. 24. 29. H. R. §. 92. Beseler a. a. O. braucht diese Namen in entgegengesetzter Bedeutung. Es kommt darauf nicht an, wo die Schlußzettel das beabsichtigte Geschäft umständlich beschreiben. Siehe Note 102.

für das Risiko, welches der Andere übernimmt. Hier ist neben dem Kaufvertrage ein Versicherungsgeschäft geschlossen.

Es ist aber ebenfalls gebräuchlich, eine Prämie als Reugeld zu verabreden, dergestalt, daß der Versprechende sie nur bezahlt, wenn er den Rücktritt wählt.[102]

Für die Erklärung der Prämiengeber sind an den Börsen gewöhnlich besondere Stunden festgesetzt. Welche Wirkung ihr Schweigen hat, ist nach Inhalt des Vertrages, und, wenn dieser keine ausdrückliche Bestimmung enthält, nach Börsengebrauch verschieden.[103]

2. Das Zweiprämiengeschäft, die Verbindung zweier mit

---

102) Auf diese Geschäftsart bezieht sich das von Goldschmidt in s. Zeitschr. 1, S. 431 aufgenommene Formular eines Berliner Schlußzettels: „Will der Verkäufer (Käufer) von dem Geschäft zurücktreten, so steht ihm frei, zu jeder Zeit dem Verkäufer zu erklären, daß er statt der Erfüllung ein, auf — festgesetztes Reugeld zahlen wolle. Er ist sodann zur Zahlung dieser Summe an demselben Tage, an welchem er sich erklärt, verbunden, und durch die solchergestalt geleistete Zahlung aller Verbindlichkeit aus dem gegenwärtigen Geschäft enthoben."

103) In Paris und Frankfurt a. M. spricht man von einem Kündigen der Prämie (Donner la réponse des primes). Wenn Ladenburg a. a. O. S. 431, daran anknüpfend, ganz allgemein sagt: „Hat der Prämiengeber nicht gekündigt, so gilt die Prämie als verfallen, indem angenommen wird, er habe auf das Geschäft verzichtet," so paßt dieser Satz doch höchstens auf den von ihm nicht unterschiedenen Fall des Prämiengeschäfts, in welchem die Prämie ein Reugeld ist, kann aber auch in diesem Falle nicht ohne Einschränkung auf alle Börsen angewendet werden. Für die Berliner Börse ließ sich der umgekehrte Satz schon aus dem Formular in der vorigen Note entnehmen. Die Berliner Börsenordnung sagt aber auch ausdrücklich: §. 8. „Kündigungen geschlossener Verträge, welche nach Inhalt des Vertrages an der Börse erfolgen sollen, müssen von jedem Interessenten vor $1\frac{1}{2}$ Uhr geschehen, wenn sie von rechtlicher Wirkung sein sollen." Nicht anders lassen sich die Börsenordnungen von Stettin §. 5, Danzig (1830, G. S. S. 10) §. 9 und Elbing (1830, G. S. S. 73) §. 10 verstehen, welche übereinstimmend vorschreiben: „Wenn zu Folge Uebereinkunft der Kontrahenten Erklärungen über den Abschluß unterhandelter, oder über den Rücktritt von abgeschlossenen Geschäften an der Börse erfolgen sollen, so müssen diese Erklärungen von dem Theile, welcher sich solche vorbehalten hat, vor — Uhr abgegeben werden." Diese Entscheidungen entsprechen der allgemeinen Rechtsvermuthung, daß es vorzugsweise auf Erfüllung der Verträge abgesehen sei. Abweichend fügt die Börsenordnung von Königsberg (1827, G. S. S. 129) in §. 4 einem Satze gleichen Inhats hinzu: „Erfolgen sie (die Erklärungen) in dieser Zeit nicht, so ist der geschlossene Vertrag als aufgehoben — zu betrachten." Den angeführten Vorschriften ist die Gesetzeskraft durch das Preuß. Einf. Ges. zum H. G. B. Art. 3 §. 4 entzogen; damit sind sie aber nicht außer Gebrauch gesetzt.

verschiedenen Personen abgeschlossener Prämiengeschäfte zu einer Spekulation,[104] hat rechtlich nichts Besonderes.

3. Das zweischneidige Prämiengeschäft. Hier ist der Rücktritt von einer gegebenen Erfüllungsart nach Wahl des Prämiengebers auch mit der Wirkung eines vollständigen Wechsels der Parteirollen gestattet. Der Prämiennehmer muß also die Waare entweder beziehen oder liefern, oder den Vertrag auflösen lassen. Er gewinnt, wenn die Kursveränderung geringer als die Prämie ist, den Unterschied. Darauf, daß dieser Fall nicht allzu wenig Wahrscheinlichkeit habe, läßt sich durch eine Verpflichtung einwirken, die Auswahl zwischen beiden Parteirollen vor dem Lieferungstage zu treffen. Die Kurse können in der Zwischenzeit nach der entgegengesetzten Richtung umschlagen. Erst durch die Wahl zwischen den Parteirollen kommt der Kauf oder Verkauf zu Stande. Wird diese nicht ausgeübt, so bedarf es keines ausdrücklichen Rücktritts mehr, das Geschäft ganz aufzulösen.

4. Das Stellgeschäft nimmt dem Prämiengeber für den Fall des Fehlgreifens zwischen beiden Parteirollen die Zuflucht des einfachen Rücktrittes, so daß der Steller nicht allein, wenn der Wähler die richtige Rolle traf, noch den Unterschied zwischen der Kursänderung und der Prämie, sondern, wenn die Wahl mißglückte, außer dieser Prämie den ganzen Kursunterschied zwischen Schluß- und Lieferungstag gewinnen kann. Wird die Erklärung des Wählenden versäumt, so kann weder ein Kauf noch ein Verkauf entstehen.

---

104) Die Rechnung, welche Thöl, Verkehr §. 40 und Ladenburg a. a. O. S. 433 anlegen, ist richtig für den Fall, daß die Prämie für das Recht zum Rücktritt gegeben wird. Ihr Beispiel ist: C kauft von A und verkauft an B 5 mille xy-Aktien für 31. März; er behält sich bei beiden Geschäften den Rücktritt vor gegen Prämie von je 1 %. Die Kurse steigen oder fallen nur um 1 %. Nun hat allerdings C 1 % verloren: Er hat 2 % definitiv ausgegeben, und kann 1 % wieder gewinnen, wenn er, das Steigen angenommen, die Waare von A bezieht, aber nicht an B liefert, beim Fallen an B liefert, aber zum niedrigeren Preise einkauft. Wären beide Prämien Reugeld, so hätte C in diesem Falle nichts gewonnen und nichts verloren, denn beim Steigen lieferte er zwar nicht, und müßte deshalb 1 % Prämie an B bezahlen, er gewönne aber 1 % Kursbesserung, weil er von A bezog und diesem kein Reugeld zahlte; beim Fallen bezöge er zwar nicht von A, und müßte diesem die Prämie zahlen, kaufte aber um 1 % billiger, was an B zu liefern ist, und bezahlte diesem kein Reugeld.

Eine Klage auf Erfüllung des Stellgeschäfts — auf Ausübung der Wahl — ist undenkbar. Man kann dem Steller nicht zumuthen, näher am Lieferungstage oder gar nach demselben noch eine freie Wahl zu gestatten. Dadurch würde der Vertrag in seinem innersten Wesen verletzt, und nicht erfüllt. Es bleibt nur eine Klage auf Schadloshaltung übrig. Wer eine solche erhebt, muß nachweisen, daß die Handlung oder Unterlassung — hier das Schweigen des Wählers — ihn um den geforderten Betrag beschädigt habe. Ist nun hierbei davon auszugehen, daß der Verklagte richtig gewählt oder sich vergriffen hätte? Der Zeitpunkt ist vorbei, die Konjunkturen sind geändert. Welche Einflüsse die Wahl des Verklagten geleitet haben würden, ist unberechenbar. Sollte deshalb der Kläger sich mit dem geringsten nachweisbaren Schaden begnügen müssen, die Wahl also nachträglich als so getroffen angenommen werden, wie sie dem Verklagten am günstigsten war, so würde dies in derselben Weise, wie die Klage auf Erfüllung, das innerste Wesen des Vertrages vernichten, der Bestimmung eines besonderen, von dem Lieferungstage verschiedenen Wahltages die Wirkung rauben und dem Wähler gestatten, sich durch Verzug in eine bessere Lage zu bringen. Das kann die Absicht der Kontrahenten nicht gewesen sein. Mit Nothwendigkeit ergiebt sich hieraus als stillschweigende Bedingung jedes Stellgeschäfts, daß beim Verzuge des Wählers die demselben weniger günstige Ausübung des Wahlrechts zur Grundlage für den Anspruch des Stellers angenommen wird.[105]

5. Der Schluß auf fest und offen gewährt dem Prämiengeber das Recht eines theilweisen Rücktrittes. Das Geschäft ist auf eine bestimmte Menge von Waaren fest geschlossen, doch in Betreff eines Theiles die Auflösung gestattet. Wird hiervon Gebrauch gemacht, so wächst oder vermindert sich der verhältnißmäßige Kaufpreis des Ueberrestes um das Reugeld, je nachdem die Wahl dem Käufer

---

105) Bender in seinem Verkehr mit Staatspapieren S. 409 ff., auch Ladenburg a. a. O. S. 434, wiewohl nicht ohne Zweifel, stimmen bei; doch weichen beide von der im Texte entwickelten Ansicht darin ab, daß sie nunmehr dem Steller die Wahl geben, ob er liefern oder beziehen wolle. Der Wähler hat sich allerdings verbindlich gemacht, in der einen oder der anderen Weise abzuschließen; daraus folgt aber nur eine Pflicht zur Schadloshaltung, wenn seine Erklärung ausbleibt, niemals ein Abschluß ohne seinen Willen.

oder dem Verkäufer zusteht. Die Prämie kann auch für jeden Fall, also für das Recht des Rücktritts bedungen werden, dann aber theilt sich der Handel in einen festen Lieferungskauf und ein einfaches Prämiengeschäft, verliert also jede Besonderheit.[106]

6. Das Nochgeschäft gewährt umgekehrt dem Prämiengeber das Recht, von einer Waarengattung mehr als die festgehandelte Menge zu liefern oder zu beziehen. Die Prämie kann auch hier für das Wahlrecht selbst, wie für den Fall einer Mehrlieferung oder eines Mehrbezuges bedungen sein.

7. Das Wandelgeschäft gestattet dem Prämiengeber eine Umwandlung des geschlossenen Handels in Betreff des Lieferungstages in gewissen Grenzen, zu deren Bezeichnung Klauseln dienen, wie: „auf Verlangen früher" oder „täglich" „zu liefern" oder „zu beziehen," „die Lieferung kann vom — bis — täglich verlangt werden," oder „täglich geschehen."[107] Die Wandelklausel wird auch zuweilen anderen Prämiengeschäften hinzugefügt.

Differenzgeschäfte.

§. 127. Wohl berechtigt ist das Streben des Kaufmannes nach einem Ueberschuß des Verkaufspreises über den Erwerbspreis. Jedes Umsatzgeschäft ist in diesem Sinne ein Differenzgeschäft. Bei Waaren, deren wechselnde Preise von der Börsenkommission aufgezeichnet werden, läßt sich der Unterschied, welcher durch den Verkauf der bezogenen Waare an einem Börsenplatze gewonnen oder verloren werden müßte, für jeden Börsentag im Voraus ersehen. Wer eine solche Waare zu empfangen hat, weiß also, bevor er danach die Hand ausstreckt, ob es gerathen sei, sogleich zu realisiren, um den sicheren Gewinn nicht wieder einzubüßen, oder den eingetretenen Verlust nicht zu vergrößern. Will er die Spekulation beendigen, so kommt es auf die Person des Abnehmers wenig an. Er lernt denselben vielleicht

---

106) Thöl erläutert seine Darstellung im Verkehr §. 48 gegen die Annahme Brinkmanns, H. R. §. 90, als habe er sagen wollen, die Prämie sei kein Reugeld, in seinem H. R. §. 97 dadurch, daß er sie geradezu Reugeld nennt.

107) Z. B. wird in den Schlußzettelformularen, welche bei Produktengeschäften an der Berliner und an der Breslauer Börse im Gebrauche sind, dem Verkäufer eine Bestimmung des Lieferungstages innerhalb der Lieferungszeit gestattet — durch schriftliche Kündigung. Von einer Prämie dafür ist nicht die Rede. Sie ist bei Abmessung des Kaufpreises berücksichtigt.

überhaupt nicht, vielleicht erst aus dem Schlußzettel nach abgemachtem Handel kennen. Er darf nicht überrascht sein, hier den Namen seines eigenen Verkäufers zu lesen, denn dieser konnte bis zu dem Zeitpunkte, welchen er zur Realisirung wählte, die Anschaffung der Waare aufgeschoben, oder die früher angeschaffte in der Zwischenzeit anderweit veräußert haben. In diesem Falle haben sich die Kontrahenten gegenseitig dieselbe Waare zu liefern (Riscontro). Die Ausführung ist unmöglich, weil Jeder die Waare erst vom Anderen erwartet. Die beiderseitige Lieferungspflicht wird kompensirt; auch Kaufpreis gegen Kaufpreis bis auf den Unterschied. Die Ausgleichung kann also nur durch Zahlung der Differenz geschehen, und dennoch hatte das Geschäft einen ganz reellen Gegenstand. Bei diesem Hergange entstehen überflüssige Umstände und Nebenkosten. Es kam auf eine Frage an, sie zu vermeiden. Wollte man gleichzeitig die Waare beziehen und veräußern, alsdann wird beiden Theilen eine Ausgleichung auf die Differenz erwünschter sein. Durchaus kein seltener Fall: Sucht ein Kapitalist Papiere, ein Brauer Getreide für eine bestimmte Zeit, zu welcher das Kapital verfügbar, das Getreide Bedürfniß wird, so verschafft sich der Lieferant die Waare für jene Zeit. Sein Verkäufer muß sie gleichfalls erst kaufen. So treten in den einfachen Bezug der Waare von ihrem augenblicklichen Besitzer mehrere Zwischenpersonen ein. Diese dürfen in dem Unterschiede zwischen den Preisen, welche sie sich bedungen, und welche sie versprochen haben, ihren wohl berechtigten Erwerb erblicken. Nur eine Lieferung geschieht: von dem letzten Verkäufer an den ersten Besteller. Damit ist allen Zwischenhändlern gedient. Sie haben die Waare nie gesehen. Am Skontroplatze werden die Differenzen ermittelt und saldirt; dennoch hatte das Geschäft einen ganz reellen Gegenstand.

Giebt der erste Besteller Kontreordre, und sie läuft dem Auftrage durch die verschiedenen Hände nach, so wird diejenige Person, in deren Taschenbuch sie den Auftrag einholt, diesen nicht weiter geben. Jedem Theile würde eine Lieferung der Waare lästig sein. Diese ist noch nicht vorhanden. Es erfolgt in allseitigem Einverständniß eine Aufhebung der mit dem Auftrage übernommenen Lieferungsverpflichtung gegen die durch die Kontreordre auferlegte Bezugspflicht, und eine Ausgleichung der Preise bis auf deren Differenzen. Auch hier hatte das Geschäft einen ganz reellen Gegenstand.

Hätte in der That die Meinung eines Kontrahenten von Anfang an den beabsichtigten Gewinn als Gegenstand des Geschäfts angenommen, so bliebe doch immer, wenn nur der andere die Lieferung oder den Bezug der Waare ernstlich wollte, diese der reelle Gegenstand. Durch einseitige Simulation kann ein Vertrag nicht aufgehoben werden. Erst, wenn beide Theile bei dem Schlusse[108] die Waare nicht mehr als Gegenstand des Handels dachten, wenn diese überhaupt nicht, weder zur Weiterveräußerung noch zum Gebrauche wirklich angeschafft, sondern nur als Grundlage für die Gewinnberechnung dienen sollte, erst dann entsteht die Frage, ob ein solches Geschäft zulässig sei. Aber die Gründe, weshalb man ein Geschäft schließt, sagt man nicht. Niemand hat das Recht, danach zu forschen. Kein Kontrahent erfährt also, ob der andere die geschlossene Lieferung nicht ernst gemeint. Ein Beweis ist schwer zu führen.[109] Die Thatsache der Spekulation, als eines innerlichen, unter den Einflüssen des Augenblickes stets wechselnden Vorganges, entzieht sich jeder richterlichen Prüfung. Gesetzliche Vorkehrungen gegen Differenzgeschäfte werden also entweder den Zweck verfehlen, oder mit den Ausartungen auch viele ganz berechtigte Verkehrsgestaltungen niederschlagen. Dies wiederholt erwägend, hat die Preußische Gesetzgebung sich allgemeiner Vorschriften gegen die Gültigkeit bloßer Differenzgeschäfte enthalten, und neuerdings noch einige besondere Verbote weggeschafft,[110] während das Ober-Tribunal den Lehrsatz, daß die nach-

---

108) Vergl. Erkenntniß des Hofgerichts und Oberhofgerichts zu Mannheim von 1857 bei Goldschmidt 1, S. 314 f.

109) In dem von Goldschmidt 6, S. 150 ff., Striethorst 27, S. 304 ff. abgedruckten, durch Erkenntniß des Rheinischen Senats im Preuß. Ober-Tribunal vom 16. März 1858 entschiedenen Falle war das Geständniß der Parteien zu den ermittelten Umständen hinzugetreten. Man vergleiche die sehr ausführlichen Schlußzettelformulare, welche z. B. an den Börsen von Berlin und Breslau beim Produktenhandel üblich sind. In dem Berliner Formular über Roggen steht ausdrücklich „effektiv" fett gedruckt, in allen den Formularen aber das Recht des einen Kontrahenten, bei Säumigkeit des anderen die Differenz zu fordern.

110) Die Geschichte der an die Gesetzgebung gestellten Fragen und ihrer Antworten siehe bei Koch, R. d. Ford. III, S. 797 ff. und dazu Ges. vom 1. Juni 1860, durch welches aufgehoben sind: 1. Verordn. vom 19. Januar 1836 über den Verkehr mit Spanischen und anderen Inhaber-Papieren; 2. Verordn. vom 13. Mai 1840 über den Verkehr mit ausländischen Papieren; 3. Verordn. vom 24. Mai 1844 über Eröffnung von Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmungen und

trägliche Erfüllung des Lieferungsgeschäfts über Börsenwaare unmöglich sei, bis zu einer völligen Verdrängung der Erfüllungsklage durch die Differenzklage ausbildete.[111] Auch in Oesterreich ist die Gesetzgebung von jedem Einschreiten abgestanden, obwohl die Praxis ihre bisherigen Wege, die Klage auf Preisdifferenz aus Lieferungsgeschäften auszuschließen, neuerdings nicht streng verfolgte.[112]

Darin freilich ist die Rechtssprechung fast überall einverstanden, Geschäfte, deren Gegenstand erweislich in der Kursdifferenz besteht, den Gesetzen über Wetten und Hazardspiele unterzuordnen, und ein Zwiespalt ist nur da ersichtlich, wo zwischen diesen beiden Begriffen unterschieden werden soll.[113] Unzutreffend erscheint der Begriff der Wette, weil von keinem Theile ein bestimmtes Ereigniß behauptet wird, zutreffend dagegen der Begriff des Spielvertrages, als des

---

den Verkehr mit den dafür ausgegebenen Papieren (abgedruckt bei Goldschmidt 3, S. 543).

[111]) Vergl. z. B. Erkenntniß vom 19. März 1858 bei Striethorst 24, S. 134 ff. und bei Goldschmidt 1, S. 320 ff. Hierbei kommt die Konk. Ord. §. 17 zu Hülfe. In einer entgegengesetzten Richtung bewegt sich die Praxis des Ober-Tribunals, welche sich knüpft an §. 261 des Preuß. Str. G. B. (dessen Geschichte im Kommentar von Beseler und bei Goltdammer, Archiv 8, S. 771 ff.). Dieser bedroht es als einfachen Bankerutt, wenn Kaufleute durch Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börseneffekten übermäßige Summen verbraucht haben. Das Ober-Tribunal wendet die Strafbestimmung auch auf reelle Zeitkäufe an, „weil bei solchen für den Kaufmann der Gewinn oder Verlust in der Differenz der Preise bestehe." (Entsch. vom 24. Februar 1859 und 21. März 1862 bei Goltdammer 8, S. 775 und 10, S. 400 ff.) Hiergegen ist an den früher vom Ober-Tribunal selbst hervorgehobenen Unterschied des ein Rechtsgeschäft schließenden Willens und der dahinter liegenden Spekulation zu erinnern. Wenn der Thatbestand des Differenzhandels nicht festgestellt werden kann, so folgt daraus nur die Freisprechung, nicht die Erweiterung des Begriffes auf reelle Geschäfte, welche, wie die Zusammenstellung: „Spiel und Differenzhandel" anzeigt, nicht gemeint sind.

[112]) Man ließ die Klage zu, sofern die Kontrahenten sich im Vertrage die Befugniß vorbehalten hatten, die Preisdifferenz auszugleichen; weil dies ein Vertrag mit Reugeld sei. Fischer, H. R. §. 245. Vergl. die Entsch. bei Goldschmidt 1, S. 317; 6, S. 149 ff. 155 ff.

[113]) Vergl. über die Begriffsbestimmung Thöl, Verkehr S. 235 ff. u. H. R. §. 102, der eine erlaubte Wette annimmt. Souchay in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. 3, S. 342. Beseler, D. Pr. R. §§. 130. 226. Sehr eingehend Wilda, die Lehre vom Spiele, in der Zeitschr. f. D. R. 2, 2, S. 133—193 und, die Wetten, daselbst 8, S. 200—239. Pr. A. L. R. §§. 577 ff., Tit. 11, Th. I. C. c. art. 1965 ff. Oesterr. G B. §§. 1270 ff.

gegenseitigen Versprechens von Leistungen, welche erst nach dem ungewissen Ausgang eines Ereignisses oder einer Unternehmung sich ergeben sollen. Daß die Kontrahenten auf diesen Ausgang wirken müßten, ist so wenig wesentlich, daß je entschiedener die Absicht hierauf gerichtet wäre, je zweifelloser das Geschäft unter den Begriff des Lohnvertrages hinüberträte. Darum pflegen die Gesetze solche Spiele, bei denen die Kontrahenten eine Thätigkeit entwickeln, günstiger zu beurtheilen, und den Rechtsschutz nur gerade zu versagen, wo der Ausgang vorzugsweise dem Zufall überlassen bleibt.

Die Natur des bloßen Differenzgeschäfts tragen zur Schau: das zweischneidige Prämiengeschäft und das Stellgeschäft.[114] Wenn es den Kontrahenten gleichgültig ist, ob sie die Waare beziehen oder liefern, so wollen sie nicht die Waare, sondern allein den Unterschied des Kurses. Man versucht zwar, solchen Geschäften die Klagbarkeit dadurch zu erhalten, daß man auf ihre Zusammensetzung aus rechtsgültigen Bestandtheilen hinweist; aber auch die Handlungen, welche vereinigt ein Verbrechen darstellen, können einzeln ganz erlaubte sein. Auf das Wesen des Geschäfts im Ganzen, auf den sich ausprägenden Willen der Kontrahenten kommt es an. Die Fälle, in denen der Einwand einer Unerlaubtheit des Geschäfts gebraucht wird, sind selten. Spielschulden sind Ehrenschulden. Auf die redliche Erfüllung des Anderen spekuliren, und die eigene Erfüllung verweigern, weil keine Klage stattfindet, zeugt von niedriger Gesinnung.

Das Handelsgesetzbuch erschwert mit seinen gegen das Börsenspiel gerichteten Bestimmungen auch solche Geschäfte, welche ursprünglich einen reellen Gegenstand hatten; denn es zwingt den
Lieferanten, der seinen Gewinn beitreiben will, die Waare vorräthig 354
zu haben, oder, wenn er den günstigsten Augenblick des Bezuges 355
abgewartet hatte, sie nun erst anzuschaffen, unerachtet nach den veränderten Umständen keinem Theile mehr daran gelegen ist. Mit Sicherheit kann der Verkäufer vor einer ungeregelten Willkür des

---

[114]) Vergl. Erkenntniß des obersten Oesterr. Gerichtshofes vom 6. Februar 1855 bei Goldschmidt 6, S. 159 ff. und die Anmerkung des Einsenders. Treitschke, Kf. §. 9 erklärt alle Prämiengeschäfte für bloße Differenzgeschäfte, auch Brinkmann, H. R. §. 90, in Uebereinstimmung mit der Gesetzgebung von Hamburg, welche sie verbietet (Verordn. v. 9. November 1742 und Mandat v. 19. Oktober 1746. Fallit.-Ordn. von 1753 Art. 104).

Käufers sich nur schützen, wenn in den Lieferungsvertrag die Klausel aufgenommen wird, daß bei eintretendem Verzuge lediglich die Preisdifferenz ausgeglichen werden solle. Auch dem redlichen Käufer kann eine solche Klausel willkommen sein, denn bringt ihm die Abnahme keinen Vortheil, so spart er gern die Kosten, welche aus der Veräußerung der Waare entstehen. Das Gesetzbuch erreicht also seine Absicht nicht. Der Prämienhandel bietet Auswege; die Verabredung, unter gewissen Umständen sich einfach auf die Differenz auszugleichen, ist gerechtfertigt. In vielen Fällen wird die Aufnahme der Worte „nach Börsengebrauch" in die Schlußscheine genügen, um den beengenden Vorschriften des Gesetzes zu entgehen.

Dritter Titel.

Von dem Kommissionsgeschäft.[1]

I. Begriff.

§. 128. Jedes Handelsgeschäft, welches von einem Kaufmanne zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Auftraggebers
378 abgeschlossen wird, heißt mit Bezug auf diese Eigenthümlichkeit der
360 Eingehung: Kommissionsgeschäft. Wer aus derartigen Ab-
272 schlüssen sein Gewerbe macht, heißt Kommissionär, und ist als
4 solcher Kaufmann.

Dem Dritten steht als Kontrahent allein der Abschließende[2] gegenüber. Das zwischen diesen Personen vereinbarte Geschäft folgt

---

[1]) H. R. Heise §. 18. Bender §§. 91 ff. Brinkmann §§. 107 ff. Fischer §§. 256 ff. v. Stubenrauch §§. 112 ff. Pardessus 563 ff. Rogron, C. d. C. art. 91 ff. D. Pr. R. Beseler §. 229. v. Gerber §. 199. Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel (Leipzig 1839. S. 104. 8.). Hiersemenzel, zur Lehre vom kaufmännischen Kommissionsgeschäfte (Leipzig 1859. S. 139. 8.). Rechtsfälle aus der Zeit vor dem Handelsgesetzbuche bei Thöl, Entsch. S. 159 ff., bei Goldschmidt 1, S. 559 ff.; 3, S. 232 ff.; 4, S. 119 ff. 157 ff., bei Striethorst, Rechtsgrundsätze des Preuß. Ober-Tribunals 3 (1862) zu Tit. 13, Th. I A. L. R. und im R. Archiv 1, S. 48 ff. — Motive S. 148 ff. Prot. S. 684—751. 1185—1216. 4621—25. 5091. v. Kräwel, H. G. B.

[2]) Wie aus obiger Begriffsbestimmung hervorgeht, wird nicht Jeder, der ein Kommissionsgeschäft abschließt, Kommissionär genannt; doch erscheint es zweck-

seinen Regeln. Die rechtliche Natur des Vertrages ist von dem Beweggrunde unabhängig. Nur, soweit derselbe in die Willenseinigung mit hineingezogen wird, ändert sich das Rechtsverhältniß. Doch die Berechtigung, auf fremden Namen abzuschließen, muß ausdrücklich verliehen sein. Ist eine Vollmacht ertheilt, so kann allerdings der Auftraggeber aus Geschäften, die für seine Rechnung geschlossen sind, berechtigt und verpflichtet werden, auch wenn sein Name 298
nicht gerade genannt ist; ohne Vollmacht aber bleibt auch der aus- 52
gesprochene Abschluß auf den fremden Namen nur ein Versuch. Beim 55
Kommissionsgeschäft ist zwar ein Auftrag vorhanden, aber keine Vollmacht.

Der Begriff des Auftrages ist streng zu fassen, wenn das Kommissionsgeschäft vom Eigenhandel gesondert werden soll. Der kaufmännische Sprachgebrauch pflegt es damit nicht so genau zu nehmen. Er bezeichnet als Auftrag jeden Bestellbrief, auch wenn die unzweideutige Absicht eines Einkaufes von dem Adressaten vorliegt.[3] Dies ist nicht immer klar. Daher sind Zweifel und Streitigkeiten, ob im einzelnen Falle Kauf oder Kommission gewollt sei, an der Tagesordnung. Zuweilen bringen sich die Kontrahenten selbst nicht zum Bewußtsein, ob ein unmittelbarer Kauf oder ein Kommissionsgeschäft geschlossen wird, zuweilen hat der Besteller daran auch wirklich kein Interesse. Selten erfährt er den Namen des Dritten, mit welchem abgeschlossen ist. Der Kommissionär zieht gerade daraus seinen Vortheil, daß ihm besonders günstige Gelegenheiten zum Abschluß der aufgetragenen Geschäfte bekannt sind. Kommt es dem Besteller nur auf den Umsatz an, so hängt es von der Auffassung und von dem Belieben des Kommissionärs ab, als Eigenhändler einzutreten. Der Kommittent, der ihm diese Wahl offen ließ, kann sich nicht beklagen. Ob, wenn die Absicht einer Kommission gewiß ist, der Kommittent den Eintritt des Kommissionärs genehmigen müsse, ist eine andere Frage.[4]

mäßig, dem Handelsgesetzbuche zu folgen, und im Verlaufe der Darstellung den Abschließenden stets so zu bezeichnen. Aller Orten giebt es Personen, welche aus der Vermittelung oder aus dem Abschluß von Geschäften, die keine Handelsgeschäfte sind, ein Gewerbe machen. Auch diese heißen mitunter Kommissionäre, aber auf sie bezieht sich das Handelsgesetzbuch nicht.

³) Gelpcke, Zeitschr. 2, S. 92. Stern bei Siebenhaar 7, S. 30. Hiersemenzel a. a. O. S. 15.

⁴) Hiersemenzel a. a. O. S. 24 ff. und unten §. 131.

Durch Uebernahme des Auftrages wird zwischen Kommissionär
273 und Kommittenten ein Handelsgeschäft geschlossen. Dies nennt man, zum Unterschiede von dem Kommissionsgeschäfte, Kommission.
323 Die Eingehung ist eine freiwillige, eine Annahme-Erklärung also nicht zu entbehren. Diese kann in dem Schweigen des Beauftragten nur gefunden werden, sofern sich derselbe zur Ausführung solcher Aufträge gegen den Auftraggeber erboten hat, oder zwischen Beiden eine Geschäftsverbindung besteht. Auch, wenn er den Auftrag ablehnt, ist er schuldig, die etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist, und, soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren. Hierin ist nichts Besonderes. Das Rechtsverhältniß der Kommission unterliegt auch den übrigen allgemeinen Bestimmungen für Handelsgeschäfte. Ausführungen und Abweichungen sind von dem Gesetzbuche in dem Abschnitte zusammengestellt, welcher unter dem Titel: „Von Kommissionsgeschäften" der Kommission gewidmet ist.

II. Pflichten des Kommissionärs.

§. 129. Der Kommissionär hat den Vortheil des Kommittenten
361 getreulich und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes wahr-
362 zunehmen. Genaue Einhaltung des Auftrages ist unter der Ver-
369 warnung vorgeschrieben, daß der Kommittent Schadensersatz fordert und das geschlossene Geschäft nicht für seine Rechnung gelten läßt; aber jeder anscheinend bestimmte Auftrag gewährt noch einen Spielraum für das Ermessen, und ist auf Umstände berechnet, bei deren Wegfall seine buchstäbliche Erfüllung zu einer Pflichtverletzung würde.

Bei eintretenden Veränderungen soll der Kommissionär zwar die Verfügung des Geschäftsherrn einholen, aber häufig würde hierüber die beste Zeit verloren. Sodann rechtfertigt der Kommissionär das in ihn gesetzte Vertrauen durch ein selbstständiges einsichtiges Handeln. Allerdings hat er, wie Jeder, der fremde Geschäfte besorgt, Rechenschaft zu geben; aber er darf, sofern er sich innerhalb des Auftrages hielt, den Nachweis erwarten, daß seine Sorgfalt hinter der ordnungsmäßigen zurückblieb, und, sofern er eine Abweichung von dem Auftrage gerathen fand, der Schädensklage des

Kommittenten mit dem Einwande begegnen, daß ohne dies ein mindestens ebenso großer Schade entstanden wäre. In einem wesentlichen Falle, bei Behandlung des Kommissionsgutes, leitet ihn das Gesetzbuch selbst zu einem den Buchstaben des Auftrages überschreitenden Verfahren an: Sobald das übersandte Gut in seine Obhut 367
tritt, haftet er für Beschädigung wie Verlust desselben, wenn er nicht beweist, daß der Nachtheil durch ordnungsmäßige Sorgfalt nicht abzuwenden war; aber seine Pflicht beginnt schon bei der Ablieferung des Gutes. Mit der Abnahme desselben erlischt der Anspruch an Fuhrmann oder Schiffer wegen äußerlich erkennbarer Mängel oder 408
Beschädigungen. Der Kommissionär muß also einen solchen Anspruch wahren[5] und dessen Voraussetzungen, allenfalls von Sachverständigen, feststellen lassen. Zwar hat er — wie von jedem neuen, in dem 365
Auftrage nicht vorgesehenen Ereignisse — dem Kommittenten schleunigst Nachricht zu geben, nach eigenem Ermessen jedoch, wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, auch bevor die Antwort eintrifft, den Verkauf des Gutes herbeizuführen. Hiebei sind die gesetzlichen Bestimmungen über Verkäufe fremder 343
Sachen zu beobachten. Solche Veräußerung ist dem Kommissionär in allen Fällen gestattet, wenn Veränderungen an dem Gute dessen 366
plötzliche Entwerthung fürchten lassen, oder wenn der Kommittent die schuldige Verfügung über das Gut versäumt, und kann durch den Vortheil des Geschäftsherrn geboten sein.

Andererseits ist die Verpflichtung des Kommissionärs dadurch begrenzt, daß er nicht nöthig hat, ohne besonderen Auftrag für das 367
Gut Versicherung zu nehmen. Die Berechtigung ist ihm hierdurch nicht abgeschnitten, für eine in kaufmännischer Sorgfalt ausgeführte Versicherung dem Kommittenten die Prämie anzusetzen.

Bei allem selbstständigen Auftreten thut der Kommissionär wohl daran, die thatsächlichen Veranlassungen und die Zustimmung geachteter Geschäftsleute festzustellen.

Das aufgetragene Geschäft wird für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen. Ihn trifft der Nachtheil, welcher durch die bezeichnete Sorgfalt nicht zu vermeiden war. Ihm gebührt der Vor- 372

[5]) Die Geltendmachung der auch später noch zulässigen Ansprüche bleibt dem Kommittenten überlassen, aber der Kommissionär muß für Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung sorgen, bevor er das Gut veräußert.

theil. Für ihn erwirbt der Kommissionär, für ihn besitzt er den Erwerb. Durch eine widerrechtliche Aneignung würde derselbe dem Strafgesetze verfallen. Die unerlaubte Absicht wird nicht vermuthet. Die aus dem Kommissionsgeschäfte gewonnene Forderung muß abgetreten werden,[6] damit der Dritte in seinen Büchern das Guthaben von dem Konto des Kommissionärs auf das des Kommittenten
368 übertrage; doch wurde gerade bei Forderungen, zur Unterscheidung ihrer Natur als Sachen und als Ansprüche, der im Wesen des Ver-
374 hältnisses begründete, auch mit dem Pfandrechte des Kommissionärs zugestandene Satz — daß der Erwerb dem Kommittenten gehöre[7] — durchgeführt, für welchen man bei der Berathung vergeblich nach einem allgemeinen und doch scharf bezeichnenden Ausdruck suchte.

Zwei Fragen erregten die hauptsächlichsten Bedenken:

1. Wie der Grundsatz sich bei vertretbaren Gegenständen[8] gestalte? Durch die Hände des Kommissionärs geht mancherlei Waare. Welche gerade für jeden Kommittenten erworben wird, ist seinem Willen überlassen. Er kann nicht gegen den Auftrag für eigene Rechnung abschließen, aber er kann mehrere Aufträge

---

[6]) Die Regel, daß wer Abtretung einer Forderung verlangen darf, sich hierdurch allein gegen den Schuldner legitimiren könne, ist ausgeschlossen, weil dem Kommissionär die Forderung an seinen Kontrahenten zur eigenen Sicherheit dienen soll.

[7]) Die Praxis vor dem Gesetzbuche war keine übereinstimmende: Siehe Thöl, Entsch. Nr. 176—178, auch Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 2. Oktober 1848 (Entsch. 17, S. 19) und dagegen Entsch. desselben Gerichtshofes vom 20. März 1851 (Rechtsfälle 1, S. 18), woselbst für Preußen der oben ausgesprochene Satz anerkannt ist, der sodann auch in der Konk. Ord. vom 8. Mai 1855 §§. 25. 28. 44 gesetzliche Bestätigung erhalten hat. Der Kommittent vindizirt den Erwerb im Konkurse des Kommissionärs. Für das Rheinische Recht scheint Schiebe in der Bearbeitung von Pardessus 573 auf die Uebergabe an den Kommittenten Gewicht zu legen, nicht Pardessus selbst: Une fois que les marchandises sont achetées, si elles ne sont pas expédiées directement des magasins du vendeur à la destination qu'a indiquée le commettant, soit qu'elles restent dans les magasins où le commissionnaire puisse exercer sa surveillance, soit que le commissionnaire la fasse entrer dans les siens propres, il est tenu de la même responsabilité que le dépositaire.

[8]) Auch die Bezeichnung „vertretbare Gegenstände" erregte Anstoß (Prot. S. 1202), weil man dieselbe zu abstrakt auffaßte. Wie weit ein Gegenstand für den anderen eintreten darf, richtet sich in jedem Falle nach dem Inhalt des Geschäfts. Oben §§. 38. 64.

gleichzeitig ausführen. Kauft er tausend Wispel Getreide, so wird der Kommittent, auf dessen Rechnung hundert kommen, nicht schon mit Vollziehung des Auftrages oder mit der Benachrichtigung davon, sondern erst dann Eigenthümer, wenn ihm die hundert Wispel zugewiesen sind. Dies geschieht durch die thatsächliche Aussonderung. Der Kommissionär besitzt nunmehr, ohne daß es einer zweiten Mittheilung an den Kommittenten bedarf, für diesen einen bestimmten Gegenstand. Durch einen nachträglichen Umtausch würde er sich an dessen Eigenthume vergreifen.

2. Wie der Grundsatz bei Geldeinnahmen zu beschränken sei? Es kann sich allein um solche Vereinnahmungen handeln, bei denen das Geld in seiner eigenthümlichen Natur, als Werthmesser, in Betracht kommt. Hier liegt in dieser Natur selbst die Beschränkung. Der Kommittent hat die Summe bei dem Kommissionär. So steht es in dessen Büchern. Damit ist dem beiderseitigen Willen Genüge geschehen. Auf die einzelnen Stücke kommt es nicht an. Geld ist bei Kaufleuten nur ausnahmsweise dazu bestimmt, seinem Wesen enthoben, abgesondert und todt dazuliegen. Sobald es mit dem Gelde des Empfängers vermischt ist, wird es dessen Eigenthum.[9] Von der Preußischen und Rheinischen Gesetzgebung ist dies insofern anerkannt, als im Konkurse des Kommissionärs die vereinnahmten Summen von den Kommittenten nicht zum vollen Betrage herausverlangt werden dürfen.[10] Die Preußische strafrechtliche Praxis erachtet den Kommissionär einer Unterschlagung an den eingegangenen Geldern nur dann schuldig, wenn sich eine Absicht der Parteien feststellen läßt, dieselben gerade in den bestimmten Stücken abzuliefern.[11] Dies kann nur eine Ausnahme sein unter Ausnahmen, denn regelmäßig wird der Kommissionär kein Geld für den Kommittenten einzunehmen haben. Den Geldverkehr nach auswärts zu vertreten, ist der Beruf des Wechsels.[12]

---

9) v. Kräwel, H. G. B. Art. 368, erwartet noch eine Ausbildung des Handelsgebrauches in dem angegebenen Sinne, aber der von ihm aufgestellte, mit obiger Ausführung übereinstimmende Satz ist naturnothwendig.

10) C. d. C. art. 581. Pr. Konk. Ord. §. 25.

11) Vergl. Goltdammer, Archiv des Strafrechts 3, S. 134. Oppenhoff, Kommentar zu §. 225 Str. G. B.

12) Commutatio pecuniae absentis pro pecunia praesenti. Raphael de Turri (Kuntze, Wechselr. §. 6, I u. III). Hoffmann, W. O. §§. 10. 33.

Der Kommissionär hat mit der Sorgfalt ordentlicher Kaufleute
einen Kontrahenten auszuwählen, der die eingegangenen Verbindlich-
keiten zu erfüllen im Stande ist. Auf seine Personenkenntniß war
hierbei besonders gerechnet; aber der Nachweis des Verschuldens ist
schwer zu führen; darum wird der Kommissionär auch häufig ver-
370 pflichtet, und er gilt, sofern es an dem Orte, wo er seine Nieder-
279 lassung hat, Gebrauch ist, regelmäßig als verpflichtet, für seinen Kon-
281 trahenten als Selbstschuldner (Delkredere) einzustehen.[13] Durch solche
Bürgschaft wird der Anspruch des Kommittenten nur verstärkt, die
rechtliche Natur des Kommissionsverhältnisses aber nicht geändert.[14]

Den äußeren Anschein einer Bürgschaft gewährt das Indossa-
ment des Kommissionärs auf einem angekauften Wechsel. Er ist
373 verpflichtet, wenn er ihn indossirt, dies regelmäßig und ohne
Vorbehalt zu thun, damit die Reihe der Schuldner nicht zum Nach-
theil des Wechselumlaufes unterbrochen werde, er haftet also aus
seinem Giro wechselmäßig; dennoch steht er nicht Delkredere. Darin,
daß er nur im Regreßwege belangt werden kann, was bei den Be-
rathungen einfloß, liegt nicht der Unterschied, denn jeder Bürge hat
erst zu zahlen, wenn die erwartete Erfüllung ausbleibt. Das wechsel-
rechtliche Erforderniß des Protestes ist ein formelles. Auch darin
durfte man den Unterschied nicht suchen, daß der Kommissionär den
Einwand erheben könnte, er habe die gehörige Sorgfalt bei Ankauf
des Wechsels angewendet. Die Zulässigkeit eines solchen Einwandes
ist überhaupt bedenklich,[15] und der Kommittent hätte es in der Hand,

---

Schübler, die Lehre vom Wechselkurs, aus dem Englischen übersetzt und auf die Deutsch-Oesterreichischen Geldverhältnisse angewendet (Stuttgart 1862. 94 S.).

[13]) Die Verabredung einer besonders hohen Provision kann andere Gründe haben, ist also nicht, wie der Oesterr. revidirte Entwurf §. 147 vorschlug, dahin zu deuten, daß Delkredere gestanden werden soll. Vergl. Treitschke, Km. §. 10.

[14]) Oben §. 90. Vergl. außer den §. 128 Note 1 angeführten Schriftstellern Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht (Jena 1851) S. 105 ff. — Der Kommissionär wird also durch sein Delkredere nicht davon befreit, seinen Kontrahenten zu benennen (Entsch. des Preuß. Ober-Tribunals vom 22. Februar, 3. Oktober 1850 und 20. Dezember 1855. Bd. 19, S. 185 ff.; 20, S. 159 ff.; 33, S. 346 ff.) und die Forderung gegen diesen abzutreten. Leistet er selbst Zahlung, so kann er die Rückzession verlangen.

[15]) Vergl. die Wechselordn. von Borchardt, Hoffmann, Volkmar und Löwy zu Art. 82; auch Gelpcke, Zeitschr. 1, S. 147 ff.

denselben durch Begebung des Wechsels sicher abzuschneiden. Aber die Uebernahme wechselmäßiger Verpflichtungen ist niemals ein Ausdruck für die Kontoverhältnisse der Parteien. Erst bei der Abrechnung findet sich, ob die geleistete Zahlung als Deckung oder als Belastung wirkt.

Der Kommissionär darf also für das Giro als solches auch keine Delkredere-Provision ansetzen.

III. Rechte des Kommissionärs.

§. 130. Wenn der Kommissionär seine Pflicht erfüllt hat, muß der Kommittent das abgeschlossene Geschäft auf seine Rechnung nehmen, den Kommissionär also von den dabei eingegangenen Verbindlichkeiten befreien oder decken und ihm alle zum Vollzuge des 371
Geschäfts nöthigen oder nützlichen Verwendungen nebst Zinsen von dem Tage ihrer Leistung ersetzen. Hierzu gehört auch die Vergütigung 290
für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Kommissionärs, sowie der Arbeit seiner Leute.

Durch diese Bestimmung schließt das Gesetz Ansprüche für nicht verwendete Kosten, z. B. für nicht bezahlte Mäklergebühren, aus.

Für die eigene Bemühung erhält der Kommissionär die ortsübliche Provision, auch wenn sie nicht verabredet ist. Sie wird 290
gewöhnlich nach Prozenten von der Kapitalssumme berechnet, welche den Gegenstand des Geschäfts auf der einen Seite ausmacht, jedoch so, daß der Kommissionär jener Summe seine Kostenrechnung hinzuschlägt.

Für die Gefahr des Delkredere ist eine besondere Prämie — 370
Delkredere-Provision — zu zahlen.

Aber nur, wenn das Geschäft zur Ausführung[16] gekommen, darf die Provision gefordert werden. Unter Umständen findet sodann die Arbeit des Kommissionärs keinen unmittelbaren Lohn, indessen kann er sie, bei einem nicht völlig matten Verkehre, an anderen Stellen nutzen. Seine Betriebsamkeit und seine Umsicht wird mit größerem

---

[16]) Der Mäkler, welcher der Kontrole der Parteien näher steht, darf die 82
Gebühr schon fordern, wenn das Geschäft zum Abschlusse gekommen, beziehungsweise unbedingt geworden ist.

Erfolge für den Kommittenten wirken, wenn sein Erwerb davon abhängt. Ohne dies wäre der Kommittent hülflos in seine Hand gegeben.[17] Ausnahmsweise gestatten Ortsgebräuche bei der Verkaufskommission, wenn dieselbe ohne Verschulden des Kommissionärs unausgeführt geblieben, eine sogenannte Auslieferungsprovision. Mit Recht ist diesen Gebräuchen die Geltung vorbehalten.

An dem Kommissionsgute gebührt dem Kommissionär ein Pfandrecht[18] wegen der auf dasselbe verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Auch die durch das Kommissionsgeschäft begründeten For-
368 derungen sind Kommissionsgut. In ihrer Natur als Sachen gehören sie dem Kommittenten. Auch auf diese erstreckt sich das Pfandrecht, und der Kommissionär kann sich aus ihnen vorzugsweise an dem Kommittenten und dessen Gläubiger befriedigen. Verloren geht das Pfandrecht an den Forderungen, sobald sie dem Kommittenten abgetreten sind, wie das Pfandrecht an körperlichen Sachen durch Aufgabe des Besitzes.[19]

411 Die Rangordnung mehrerer an demselben Gute zusammentreffender Pfandrechte ist beim Frachtvertrage behandelt.

---

[17]) Der Oesterr. revidirte Entwurf schlug in §. 138, entsprechend dem §. 1155 G. B., vor, eine angemessene Entschädigung zu gewähren, wenn der Auftrag aus Schuld des Kommittenten oder darum unerfüllt geblieben, weil diesen ein Zufall getroffen hat. Ueber die Auslieferungsprovision unten §. 132.

[18]) Oben §. 102. Das Preuß. Einf. Ges. Art. 28. 45 und das Bayerische Art. 52 stellen dasselbe für den Konkurs des Kommittenten dem vertragsmäßigen Faustpfand gleich. Dies wird aber überall, auch ohne ausdrückliche Bestimmung, gelten müssen.

[19]) Dies ergiebt die Vergleichung der Art. 374 u. 368, es scheint aber auch in Art. 374 durch die Beschränkung beabsichtigt, daß die Forderungen, damit der Kommissionär sich an dieselben halten könne, noch ausstehen müßten. Forderungen, die überhaupt nicht mehr ausstehen, sind keine; es kann also nur gemeint sein, daß sie für ihn ausstehen. — Oben §. 129.

IV. Arten der Kommission.[20]

1. Kommission zum Verkauf und Einkauf.

a) Gemeinsames.

§. 131. Mit der eigenen Person kann der Kommissionär nicht abschließen. Dem Auftrage ist es also nicht gemäß, daß er als Kontrahent eintritt. Dem Kommittenten muß es überlassen bleiben, 362
ob er ein solches, seiner bisherigen Absicht nicht entsprechendes Geschäft eingehen wolle. Das Gesetzbuch hat diesen Grundsatz an- 322
erkannt, und ihn bei den Kommissionen zum Verkauf und zum Einkauf festgehalten, wo eine Preisgrenze gesetzt ist. Ein solches Limitum bedeutet nur, daß nicht unter dem Preise verkauft, und bei Einkäufen, daß nicht über den Preis hinausgegangen werden solle:

1. Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise ver- 363
kauft, so muß er dem Kommittenten den Unterschied im Preise vergüten, sofern er nicht beweist, daß ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs von dem Kommittenten Schaden abgewendet hat.
2. Hat der Kommissionär den für den Einkauf gesetzten Preis 364
überschritten, so kann der Kommittent den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen, sofern sich der Kommissionär nicht zugleich mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbietet.

   Der Kommittent, welcher den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen will, muß dies ohne Verzug auf die Einkaufsanzeige erklären, widrigenfalls die Ueberschreitung des Auftrags als genehmigt gilt.

In jedem Falle hat der Verkaufskommissionär einen möglichst hohen, der Einkaufskommissionär einen möglichst niedrigen Preis zu erzielen. Auf den Unterschied, welcher im Verhältniß zum Limitum gewonnen werden kann, hat der Kommittent ein Recht. Hierin

---

[20]) Die Transportkommission oder Spedition nimmt, wie im Gesetzbuche, einen besonderen Titel ein. Die Assekuranzkommission wird erst im Versicherungsrechte anschaulich.

würde er verletzt, wenn er den Eintritt des Kommissionärs, der das Limitum bewilligt, genehmigen müßte.

376 Eine Ausnahme, keine bloße Auslegungsregel, giebt das Gesetz bei Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben. Der Kommissionär ist befugt, das Gut selbst zu liefern oder abzunehmen. Hierbei ist vorausgesetzt, daß ein Auftragsverhältniß gewollt sei, denn

377 1. wenn dem Kommissionär, bevor er die Anzeige von Ausführung
320 des Auftrages Behufs ihrer Absendung abgiebt, ein Widerruf zugeht, so verliert er seine Berechtigung zum eigenen Eintritte;

376 2. der Kommissionär darf, auch wenn er selbst liefert oder abnimmt, die gewöhnliche Provision und die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßigen Unkosten in Ansatz bringen.

Das Gesetz betrachtet den eigenen Eintritt als eine so gewöhnliche Ausführung des Auftrages, daß er vorausgesetzt wird, wenn der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Vollziehung des Geschäfts einen anderen Kontrahenten namhaft macht. Man fand in dem Börsen- oder Marktpreis eine hinlänglich feste Schranke gegen die Willkür des Kommissionärs, und gab deshalb einem Handelsgebrauche nach, welcher nur durch die deutschrechtliche Ablösung der Verbindlichkeiten von bestimmten Personen sich in die Anschauungen des Gesetzbuchs einfügt.

Der Kommittent kann eine abweichende Bestimmung treffen. Dies geschieht auch durch Ansetzung eines Limitum, weil er hierdurch den etwaigen Börsen- oder Marktpreis ausschließt.

Damit für einen solchen Preis der Kommissionär als Eigenhändler zugelassen werde, braucht nicht gerade am Orte seiner Niederlassung der Markt oder die Börse zu sein, wo die Waare kursirt;
353 es ist nur nöthig, daß für das aufgetragene Geschäft, wenn es der Kommissionär mit einem anderen Kontrahenten schlösse, der Kurs eines Handelsplatzes maßgebend wäre. In welcher Weise dessen Feststellung und Kundmachung geschieht, ist nicht ohne Einfluß: Amtliche Notirungen gelten, bis deren Unrichtigkeit bewiesen wird. Wo diese fehlen, gehört zum Nachweise, daß der berechnete Preis den Börsen- oder Marktpreis innehalte — wie beim Abschlusse mit einem Dritten —, die Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge.

Die Kurse wechseln. An manchen Orten sind täglich mehrere Notirungen. Zu welchem der verschiedenen Preise der Kommissionär eintreten dürfe, ist nach dem Auftrage zu bestimmen. Der Kommittent rechnet auf einen ihm günstigen Kurs, und pflegt daher anzugeben, wann der Abschluß erfolgen soll. Dies ist wesentlich, ein
Abschluß zu anderer Zeit nicht auftragsmäßig. Ist der Zeitpunkt 362
nicht bezeichnet, so versteht sich eine *sofortige* Ausführung.[21] Der 326
Kommissionär soll den Vortheil des Auftraggebers wahrnehmen, also 361
darf er nicht gegen diesen auf die Kurse spekuliren. Hiernach bemißt sich im einzelnen Falle das „sofort."

Bei eigenem Eintritt muß der Kommissionär den aus der Ver- 353
gleichung sich ergebenden mittleren Preis berechnen.

Nur, wo der Eintritt gestattet ist, darf er auch entgegengesetzte Aufträge ausführen. In anderen Fällen verpflichtet ihn die Treue, welche er dem ersten Auftrage schuldig ist, den entgegengesetzten späteren abzulehnen.[22] So schließen regelmäßig Aufträge zum Einkauf und Verkauf über dasselbe Handelsgut einander aus, weil der Kommissionär nicht gleichzeitig auf den möglichst niederen und auf den möglichst hohen Preis hinwirken kann. Dies ist aber auch bei Kommissionen derselben Art denkbar, wenn sie an einem bestimmten Gegenstande zusammentreffen. Hier ist es unmöglich, den späteren Auftrag unter den nach gewissenhafter Vollziehung des ersteren obwaltenden neuen Konjunkturen auszuführen. Bei Versteigerungen z. B. erhält ein Kommissionär oft Aufträge von verschiedenen Seiten, die sich nicht vereinigen lassen. Ganz allgemein ist freilich der Gebrauch, daß der Kommissionär demjenigen Kommittenten, welcher seinem Gebote den freiesten Spielraum läßt, den Vorzug giebt. Hierüber können sich die anderen nicht beschweren. Ihre Aufträge bleiben unerledigt, wenn man auch ihre Gebote nennt. Hätten sie ein Interesse an einer Steigerung über ihre Gebote hinaus, so müßten sie dies sagen. Zu vermuthen ist das Gegentheil. Unter mehreren

---

[21]) Entsch. des Preuß. Ober-Tribunals vom 20. Dezember 1855 (33, S. 349) und des Ober-Appellationsgerichts zu Darmstadt vom 16. Juni 1858 bei Goldschmidt 3, S. 233 ff.

[22]) Vergl. Pr. A. L. R. §. 22, Tit. 13, Th. I und Entsch. des Ober-Tribunals vom 16. u. 23. März 1852 bei Striethorst 5, S. 90; Entsch. 23, S. 308.

Aufträgen aber, welche denselben Spielraum lassen, schließt der zuerst angenommene den späteren aus.

b) Die Verkaufskommission insbesondere.

§. 132. Der Kommissionär ist seinem Käufer zur Uebergabe der Waare verpflichtet, und deshalb, wenn diese von dem Kommittenten nicht rechtzeitig überwiesen wird, befugt, auf dessen Rechnung andere lieferbare Waare zu beschaffen.[23] Er steht dem Käufer für die Empfangbarkeit; die Kosten aber, welche ihm aus der Gewährleistung für die vom Auftraggeber übersandte Waare erwachsen, schreibt er auf dessen Soll. Wird der Empfang mit Grund verweigert, so ist die Ausführung des Verkaufs mißlungen. Den Kommissionär trifft hierbei, wenigstens dem Kommittenten gegenüber, nicht immer ein Verschulden. Häufig muß er auf dessen Wort die Waare, von welcher er nur Proben oder die Transportpapiere ge-
371 sehen, von einem fremden Orte zu beziehen oder reisend verkaufen. Für solche Fälle erscheint die ortsgebräuchliche Zulassung einer Auslieferungsprovision mehr als billig.

Ueber den Kaufpreis will der Kommittent verfügen, sobald das Geschäft geschlossen ist. Ob er denselben baar oder durch Wechsel oder durch Abrechnung mit dem Kommissionär erhält, ist
369 Sache der beiderseitigen Uebereinkunft. Seine Einwilligung ist zum Verkaufe auf Kredit erforderlich. Diese ist, soweit der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts das Kreditiren mit sich bringt, vorauszusetzen. Hat der Kommissionär unbefugt auf Kredit verkauft, so muß er auf Verlangen des Kommittenten diesem den Kaufpreis sofort bezahlen. Der Preis ist beim Verkaufe gegen baar gewöhnlich niedriger, als beim Verkaufe auf Kredit, auch wo nicht gerade die Auswerfung eines Diskonto üblich ist. Dieser Unterschied gebührt dem Kommissionär, es darf jedoch, was er hiernach zu zahlen hat, nicht unter dem auftragsmäßigen Preise bleiben.

Für die Verkaufskommission — besonders über See — ist auch der Name Konsignation[24] gebräuchlich. Dazu gehört der

---

[23]) Diese durch das Rechtsverhältniß gegebene Befugniß wurde auch der Berliner Konferenz Mitte Mai 1858 (§. 108, Note 11) als Usanz empfohlen (Goldschmidt 2, S. 201 a. E.).

[24]) Einen anderen Begriff (Hinterlegung, Deposition) verbindet mit diesem Worte der C. c. art. 1257 ff.

Pakotillevertrag[25] (contrat de pacotille), durch welchen Seeleute verpflichtet werden, die in ihren Koffern mitgenommene Waare für Rechnung der Auftraggeber an einem mehr oder minder genau bezeichneten Orte zu verkaufen. Rechtlich hat dieser Vertrag nichts Besonderes; doch gilt im Zweifel der Verkauf als der hauptsächlichste Zweck und der angegebene Preis nur als gewünscht, zumal, wenn der Verkäufer oder ein Stellvertreter desselben für den Erlös andere Waaren einhandeln sollte (faire des retours).

Nicht unter den Rechtsbegriff der Kommissionsgeschäfte fällt 360
der sogenannte Kommissionsbuchhandel: Die Agenten auf dem
großen Büchermarkte in Leipzig, auch in Frankfurt a. M. und Stutt-
gart, bei welchen die Verleger ihre Artikel vorräthig zu halten
pflegen, schließen auf deren Namen[26] mit den Sortimentsbuch-
händlern unmittelbar oder mit deren Agenten ab, welche ebenfalls
nicht auf eigenen Namen handeln. Das Geschäft des Sortiments-
buchhändlers ist es, den Verlagsartikel[27] im Einzelnen abzusetzen,
aber als Kommissionär kann er gleichfalls nicht betrachtet werden.
Erhält er die Bücher auf „feste Rechnung," so ist kein Mißver-
ständniß möglich; jedoch auch, wenn dieselben in Kondition ge-
geben werden, wie regelmäßig bei Zusendungen, welche nicht im
Einzelnen bestellt sind, ist immer ein unmittelbarer Umsatz an ihn
beabsichtigt, ein Kauf mit einer durch Handelsgebrauch bis zur 339
Leipziger Ostermesse des nächsten Jahres ausgedehnten Rücksendungs-

---

25) Pardessus 702. v. Kaltenborn, Seerecht §. 78.

26) Daher gehören ihre Geschäfte zu den in Art. 272 Nr. 4 aufgeführten Handelsgeschäften; nicht, wie S. 11 Note 26 gedruckt ist, zu denen in Nr. 3.

27) Der Verlagsvertrag, durch welchen der Verfertiger die mechanische Nachbildung seines Werkes und den Absatz der Nachbildungen dem Kaufmanne überträgt, folgt, so weit nicht Landesgesetze Ausnahmen enthalten, den allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte. Vergl. Pr. A. L. R. §§. 996 ff., Tit. 11, Th. I und Oesterr. G. B. §§. 1164 ff. Königl. Sächs. Ges. vom 22. Februar 1844. Der Code enthält keine Vorschriften. Besondere Ausführungen bei Bender, H. R. §§. 124 ff. D. Pr. R. v. Gerber §. 200, Bluntschli §§. 46 ff., Beseler §§. 227 f. Bornemann, Syst. III, S. 197 f. Koch, R. d. Ford. III, S. 872 ff. Das Autorenrecht und dessen Verletzung durch Nachdruck gehört nicht in das Privathandelsrecht. Eine Zusammenstellung der für Preußen geltenden Vorschriften über Verlagsvertrag, Urheberrecht (und Presse), sowie der internationalen Verträge zum Schutze des Urheberrechts nebst ausführlichem Kommentar enthält das so eben erschienene Werk von Hermann Kaiser (Berlin 1862. 303 S.).

frist.[28] Der Sortimentsbuchhändler steht nicht Delkredere; er haftet ausschließlich, und nach Ablauf der Frist ohne Rücksicht, ob er verkauft hat. An eine Verpflichtung des Kunden gegen den Verleger ist nie gedacht. Dieser will und kann sich mit der Einziehung der einzelnen Beträge nicht befassen. Wenn dennoch der Sortiments-

---

[28]) Die Süddeutschen Buchhändler untereinander rechnen zu Stuttgart Mitte Juni ab. —

Mit vollem Rechte erklärt sich Oskar Wächter in seiner zur Belehrung über die Verhältnisse des Deutschen Buchhandels sehr lesenswerthen Abhandlung bei Goldschmidt 2, S. 479 — 544 gegen die Nivellirung der Besonderheiten des Buchhandels (S. 544), aber den widerrathenen Weg betritt er selbst. Die Besonderheiten der Rechtsgeschäfte beruhen auf der Absicht der Parteien. Man kann nicht, wie Wächter versucht (S. 492), erdenken, man kann nur erforschen, was sie wollen. Hier haben die Kontrahenten geredet. Der sehr eingehende Bericht des Buchhändlers Liesching (Stuttgart 1845. 125 S.), dessen Billigung durch den Börsenverein der Deutschen Buchhändler, endlich die Uebereinkunft dieses Vereins vom 2. Mai 1847 (mitgetheilt von Wächter S. 506, auch abgedruckt im Börsenblatt für den Buchh. 1847 S. 777) gewährt hinlängliche Sicherheit, daß bei Konditionssendungen regelmäßig ein bedingter Kauf gemeint sei. Die Deputation des Buchhändler-Vereins bestätigt dies in einem Gutachten vom Jahre 1860, welches Busch in seinem Archiv 1, S. 104 erwähnt. Nicht so allgemein, wennschon nach der Zusammenstellung von Liesching S. 1 ff. sehr verbreitet, ist die Annahme, daß die Bedingung eine resolutive sei. Der Börsenverein, welcher dem darauf abzielenden, hier allerdings auch aus dem Preußischen Landrecht schöpfenden Gutachten von Liesching S. 60 ff. beitrat, hat doch gerade in der Kernfrage von dem Uebergange der Gefahr eine gewisse Unsicherheit zu erkennen gegeben. Zwar registrirt E. Wengler in seinem Usanzen-Kodex für Buchhändler und Geschäftsverwandte (Leipzig 1849) unter Haftpflicht: „Von dem Augenblicke des Empfanges der Waaren, gleichviel ob sie als fest oder à Condition bestellt, oder als Fortsetzung oder Neuigkeit eingegangen, oder als Disponenda lagern, tritt dafür die weitere Haftpflicht (Gefahr des Empfängers) ein"; aber mit so großem Gewichte auch diese Stimme aus dem Buchhandel sich anderen zugesellt, so großen Einfluß auch der leicht zugängliche Kodex (86 S. 12.) auf die Auffassung der jüngeren Buchhändler geübt haben muß, dieser Kodex giebt sich als Privatarbeit eines Einzelnen. Die erwähnte Uebereinkunft vermittelt; denn danach haftet der Empfänger von Neuigkeiten, Disponenden und verlangten Konditionssendungen für den Schaden, gegen welchen er sich bei der Versicherung schützen konnte, in Höhe von zwei Drittheilen des Nettopreises. Die Gefahr ist hier getheilt. Gegen Sortimentsbuchhändler, welche der Uebereinkunft nicht beigetreten, deren Erbietungen, Konditionssendungen anzunehmen, auch eine Lücke ließen, würde nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung der Verleger den Beweis
279 einer die Gefahr dem Empfänger auferlegenden Verabredung oder Usanz zu führen
339 haben, weil die Vermuthung für eine aufschiebende Bedingung ist (siehe oben

buchhändler bei seinem Absatze den vom Verleger angegebenen Ladenpreis nicht überschreitet, so liegt die Veranlassung nicht in dem Vertragsverhältniß, sondern in der Spekulation, welche sich regelmäßig mit dem Vortheile des Rabatts begnügt und selbst von diesem noch einige Prozente an die Kunden abgiebt. Durch die freie Willensbestimmung der Parteien können auch die Geschäfte des Sortimentsbuchhändlers die Natur eines Kommissionsdebits annehmen. Dies pflegt zu geschehen, wenn ihm der Verfasser, der sein Werk im Selbstverlage erscheinen läßt, den Vertrieb desselben anvertraut.[29]

Der eigentliche Sortimentsbuchhandel bietet ein Beispiel dar für eine Vertragsart, welche mehr durch die Unsicherheit über ihre Merkmale und Wirkungen im gemeinen Rechte, als durch eine in ihrem Wesen liegende Besonderheit ausgezeichnet, unter dem Namen Trödelvertrag in den Lehrbüchern und im Preußischen Landrecht eine scheinbare Selbstständigkeit erlangte. Darüber ist man einig, daß im Unterschiede von dem Kommissionär der Trödler die fremde Sache für eigne Rechnung verkaufen darf. Verpflichtet ist er nicht dazu. Nach Belieben kann er die Waare zurückgeben oder einen bereits ausgemachten Preis bezahlen. Nach dem Handelsgesetzbuch ist dies ein bedingter Kauf,[30] ein Kauf auf Probe. Hier

---

§. 123). Gegenwärtig würde sich eine Usanz immer nur mit der Milderung, welche jene Uebereinkunft enthält, beweisen lassen. Eine solche scheint allerdings jetzt ausgebildet zu sein. Für den Konkurs des Empfängers ist jene Frage nicht erheblich; denn in jedem Falle bleibt — sofern ja Kauf, nicht Kommission vorliegt — der Verleger bis zum Ablaufe der Frist gebunden, muß die Gläubigerschaft, wenn sie die vorgefundenen Artikel behält, den vollen Preis bezahlen, und erübrigt, wenn die Bücher bereits weggeschafft sind, nur die Liquidirung des jetzt unbedingt gewordenen Geldanspruches (vergl. z. B. Preuß. Konk. Ord. §. 16). — Wenn kein Erbieten des Sortimentsbuchhändlers zur Annahme ungewählter Artikel vorausgegangen ist, oder nur ein beschränktes (z. B. auf juristische Novitäten), so 319
versteht sich, daß er mit nicht verlangten Büchern nur die Verpflichtung, sie vor 323
Schaden zu bewahren, überkommt (oben §§. 43. 48).

[29]) Wengler, Usanzenkodex unter Kommissions-Artikel und Selbstverlag.

[30]) Chambon, Beitr. zum Obl. R. S. 74 ff. bezeichnet gleichfalls den Trödelvertrag als einen bedingten Verkauf. Siehe auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. 1, S. 114. 118. 265. Hierdurch ist die Lehre — was Sintenis, Syst. §. 117, Note 3 a. E. bestreitet — allerdings gefördert, denn diese gab dem einen Kontrahenten die Befugniß, auf Grund seines Eigenthums die Waare zurückzufordern,

will der Käufer unmittelbar probiren, ob er die Waare mit Nutzen verkaufen kann. Aber die Spekulation der Kontrahenten, der Grund, weshalb sie das Geschäft eingehen, und weshalb die Waare demnächst zurückgegeben wird, liegt außer der Rechtsbetrachtung.

Schwieriger als die begriffsmäßige Sonderung der Geschäfte ist häufig die thatsächliche, auf welches derselben die Absicht der Kontrahenten gerichtet war.[31]

c) Die Einkaufskommission insbesondere.

§. 133. Die **Waare**, welche der Kommissionär einkauft, muß empfangbar sein. Dafür haftet er dem Auftraggeber. Dieser bringt
362 seinen Anspruch zur Geltung, indem er das geschlossene Geschäft nicht auf seine Rechnung nimmt, oder einen Abzug vom Preise macht. Sein eigenes Bedürfniß führt zu einer sofortigen Untersuchung der eingetroffenen Waare, und, wenn er dieselbe zurückweisen will, zu einer sofortigen Anzeige an den Kommissionär, sobald bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung die Mängel kenntlich wurden. Hiezu ist er auch verpflichtet. Dieselbe Redlichkeit, welche er verlangt, muß er gewähren: auf Kosten des Kommissionärs darf er nicht spekuliren. Dies fordert der Geist des Gesetzbuches, welcher
347 sich in den Bestimmungen über den Empfang beim Kaufe und in der Vorschrift ausspricht, daß der Kommittent, welcher die Ueber-

ohne zu fragen, wie der Vertrag das Eigenthum gebunden habe; und gründete einen Rechtsunterschied auf den zufälligen Umstand, welche Partei den ersten Anstoß zu einem Geschäft gegeben. Jener Unterschied darf den Römischen Juristen nicht zugerechnet werden. Auf dem Mißverständniß von l. 1 §. 1 Dig. de aestim. (19, 3), l. 17 §. 1 de praescr. verb. (19, 5), l. 11 de R. C. (12, 1) und Paulus rec. sent. II, 4, §. 4 beruht die ganze Erfindung des Trödelvertrages. Während hier gerade die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte gezeigt ist, bei denen eine abgeschätzte Sache zum Verkaufe gegeben werden kann, konstruirte man aus einem solchen: „zum Verkaufe geben" **ein** Rechtsgeschäft, welches nun in sich eine Vereinigung der für verschiedene Geschäfte getroffenen Entscheidungen dulden sollte.

[31]) Wenn das Preuß. Landrecht, dessen Bestimmungen über das Trödelgeschäft sich mit denen des Handelsgesetzbuches über den Kauf auf Probe sonst wohl vereinigen lassen, annimmt, daß ein **Verkaufsauftrag** vorliege, sofern kein Termin zur Rückgabe oder eine Provision bedungen sei (§§. 522 ff., Tit. 11, Th. I);
278 so entspricht diese Auslegung durchaus nicht immer dem Willen der Kontrahenten. Richtig ist nur, daß ein anderes Geschäft, im Zweifel eine Verkaufskommission, gemeint sein wird, wenn kein Preis bestimmt ist. Das Oesterr. G. B. beschreibt im §. 1086 den Trödelvertrag unter der Benennung „Verkaufsauftrag."

schreitung des limitirten Preises nicht genehmigen will, dies ohne 364
Verzug auf die Einkaufsanzeige erklären müsse.

Auch die vorläufige Feststellung der Mängel empfiehlt sich, wie 348
beim Kaufe. Das Gericht wird die beantragte Ernennung oder Vernehmung von Sachverständigen nicht ablehnen, weil zur Prüfung des Antrages höchstens den Frachtbrief sehen, aus welchem sich das Rechtsverhältniß zwischen Absender und Empfänger nicht ergiebt.

Eine kürzere Verjährung für die Nachwährschaft des Kommissionärs ist nicht eingeführt, auch nicht aus den Gesetzgebungen herüberzuziehen, in denen allgemeine kürzere Fristen für Gewährsansprüche des Uebernehmers einer Sache gelten, denn das Gesetzbuch betrachtet alle Ansprüche des Kommittenten aus demselben Gesichtspunkt. Ob die ordnungsmäßige Sorgfalt in der Auswahl der Waare oder des dritten Kontrahenten fehlte, wird nicht unterschieden.

Für das Kaufgeld wird dem Dritten allein der Kommissionär 374
verhaftet. Dieser belastet den Kommittenten in Höhe der einge- 371
gangenen Verbindlichkeiten und Baarzahlungen. Eine Verpflichtung,
demselben Kredit zu geben, hat er nicht; er verspricht dies aber, 323
soweit es zur Ausführung des ohne Vorbehalt angenommenen Auf-
trages nöthig ist.[32] Mit der Waare erhält er überdies ein Pfand, 374
welches ihn wenigstens theilweise decken wird.

3. Die Kommissionstratte.[33]

§. 134. Ein anschauliches Bild des Kommissionsgeschäfts gewährt ein Wechsel des Inhalts:

Berlin, den 12. November 1862.

Auf diesen meinen Wechsel zahlen Sie am 20. Januar 1863 an die Ordre von Herrn Nehmer etc. 100 Thlr. (=) Werth in mir selbst und stellen ihn auf Rechnung des A. G.

gez. **Zieher** (Kommissionär).

Herrn **Schuldner** etc.

---

[32]) Allerdings versteht sich an manchen Plätzen handelsgebräuchlich der Vorbehalt, daß der Kommissionär zur Abnahme des Gutes nicht verpflichtet sei, wenn der Kommittent nicht rechtzeitig Deckung macht. Vergl. die Vorschläge der Berliner Konferenz bei Goldschmidt 2, S. 201. Oben §. 108, Note 11.

[33]) Pardessus 579 ff. Rogron art. 115 C. d. C. (dieser Artikel ist für Frankreich im Jahre 1817 abgeändert worden). Hoffmann, D. W. O. S. 26 f. 73 f. 319 f. 656 und Grundzüge des zivilen Wechselrechts (Gießen 1862. S. 29) a. E. Volkmar und Löwy, D. W. O. S. 24.

Der ziehende Kommissionär ist in den Wechselverband für den Auftraggeber eingetreten, dessen Bezeichnung mit den Anfangsbuchstaben seines Namens für den Bezogenen bestimmt ist.

Die Rechtsverhältnisse des Kommittenten bewegen sich außer dem Wechselrechte. Regelmäßig ist der Auftraggeber Gläubiger des Bezogenen. Er will seinen Anspruch zu Gelde machen. Ein Wechsel bietet hierzu den bequemsten Weg. Diesen offen einzuschlagen, verhindert ihn seine bürgerliche Stellung oder die unter Nichtkaufleuten verbreitete Abneigung, sich wechselmäßig zu verpflichten. Der Kommissionär verkauft den Wechsel. Den Preis bezahlt er dem Kommittenten, oder schreibt er demselben gut. Der Bezogene belastet den Kommittenten nach dessen besonderer Vorschrift. Ihm gegenüber ist der Zieher Bevollmächtigter, nicht Kom-
298 missionär. Soweit er also ohne Deckung zahlt, ist nicht dieser sein
52 Schuldner, sondern nur der Auftraggeber.

Der Kommissionär belastet den Kommittenten, wenn er den protestirten Wechsel einlösen muß. Ist aber die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers erloschen, zum Beispiel weil der Protest verspätet wurde, so hat der Inhaber jeden Anspruch an den Kommissionär verloren. Derselbe ist nicht bereichert, denn er verschuldet die Einnahme, soweit sie noch nicht abgeführt ist, dem Auftraggeber, oder hat, wenn dieser sein Schuldner war, sich damit bezahlt gemacht. Der Kommittent kann allerdings erhalten haben, was ihm nicht zukam, wenn der Bezogene nicht sein Schuldner war, aber in dem Wechselverbande hat er nie gestanden, also ist gegen ihn die Klage des Artikel 83 der Wechselordnung nicht anwendbar, ebenso wenig in irgend einem Rechtsverhältnisse zum Wechselnehmer, welches verletzt sein könnte, also ist er überhaupt nicht zu verklagen.[34]

---

[34]) Was Wächter (Hamburg), Fick und Jakobi bei Siebenhaar 5, S. 166; 7, S. 142; 9, S. 26, sowie Gad bei Gruchot 4, S. 304 ff. über Art. 83 ausführten, wird jetzt im Wesentlichen von Volkmar und Löwy, W. O. §. 195 angenommen. Sie halten ebenfalls die Klage des Art. 83 für eine Ausnahme vom gemeinen Rechte, und erklären ausdrücklich, „daß dieselbe juristisch und rationell nicht zu begründen sei.“ Damit scheint es nicht vereinbar, daß sie dennoch „unter Umständen dem Inhaber des präjudizirten Wechsels gegen den Kommittenten eine dem Art. 83 nachgebildete Zivilklage“ zugestehen wollen (S. 24). Hoffmann verläßt zwar den in seiner W. O. zu Art. 83 (S. 596) eingenommenen

V. Auflösung der Kommission.

§. 135. Der Auftrag wird nicht immer durch Ausführung des Kommissionsgeschäfts erledigt. Der Auftraggeber kann ihn widerrufen, aber nur so lange, als der Kommissionär sich dem Dritten gegenüber nicht gebunden, oder den zugelassenen Selbst- 319
eintritt nicht wirksam ausgesprochen hat; denn das auftragsmäßig 377
geschlossene Geschäft muß er auf seine Rechnung nehmen. Will er 362
ein solches rückgängig machen, so bedarf er eines neuen Vertrages. Widerruft er, so entgeht er doch nicht den Kosten, welche durch vorbereitende Handlungen entstanden sind.

Auch der Kommissionär kann nur kündigen, soweit der Kommittent dabei nicht Schaden leidet. Die Nichtausführung des über- 361
nommenen Auftrages muß er vertreten, in der Kündigung hat er keine Ausflucht.

Ist die Vollführung unmöglich, so erlischt der Auftrag. Der Tod einer betheiligten Person bewirkt dies ausnahmsweise, wenn 54
es bedungen war. Regelmäßig sind die eingeleiteten Geschäfte abzuwickeln, wenn auch die Handelsniederlassung liquidirt. Bei aufgelösten Handelsgesellschaften geschieht dies unter der bisherigen 137
Firma, die als Liquidationsfirma zu bezeichnen ist. Im Konkurse[35] 139
des Kommittenten übernimmt dessen Recht zum Widerrufe die Gläubigerschaft. Läßt sie die Ausführung des Auftrages geschehen, so kommt dieselbe nunmehr auf ihre Rechnung, und der Kommissionär ist als Massegläubiger vollständig zu befriedigen. In jedem Falle sind die Ansprüche des Kommissionärs durch dessen 375
Pfandrecht gesichert, soweit er einen Gegenstand desselben in Händen hat. Im Konkurse des Kommissionärs darf das fremde Geschäft nicht plötzlich stocken; insbesondere ist die Gläubigerschaft zu allen Maßregeln verpflichtet, bei denen Gefahr im Verzuge ist,

---

Standpunkt in der neueren Schrift S. 23, aber sein Grund, in welchem er nunmehr mit Gad a. a. O. S. 306. 311 übereinstimmt, berührt die vorliegende Frage nicht.

[35]) Nachdem die Kommission im Handelsgesetzbuche eine von dem zivilrechtlichen Auftrage abweichende besondere Gestalt erhalten, dürfen auch die landesgesetzlichen Vorschriften über die Wirkung des Konkurses auf das Mandatsverhältniß nicht hiehergezogen werden, z. B. Oesterr. G. B. §§. 1022 ff.

365 z. B. zur Geltendmachung der Rechte gegen den Frachtführer und zur Veräußerung eines schnell verderbenden Gutes, soweit eine solche von kaufmännischer Sorgfalt gefordert wird. Wenn die Gläubigerschaft im Stande und Willens ist, die Geschäfte des Gemeinschuldners, also die Durchführung der Aufträge für die Masse zu übernehmen, so muß eine neue Einigung stattfinden. Die Konkursverwaltung hat diese Absicht, sowie die wichtige Veränderung im Hause des Kommissionärs den Kommittenten schleunigst anzuzeigen. Ihrer Entschließung bleibt sodann der Fortbestand der Aufträge und jede Verfügung vorbehalten, welche ohne Nachtheil verschoben werden kann.

Vierter Titel.

Von dem Speditionsgeschäft.[1]

I. Begriff.

§. 136. Der Handel sucht seinen wohlberechtigten Gewinn hauptsächlich in dem Preisverhältnisse derselben Waare auf verschiedenen Märkten. Der Gewinn wird sicherer, der Handel blühender, je schneller und zuverlässiger der kaufmännische Gedanke, welcher das Handelsgut vom Platze des Angebotes auf den Platz der Nachfrage verpflanzt, vollzogen wird. Die Spekulation erfordert stille Sammlung, die Ausführung eine geübte Hand. Das Geschäft, welches, von der kaufmännischen Spekulation gelöst, für deren Rechnung den Transport bewirkt, das Transportgeschäft, leistet dem Handel wesentliche Dienste, und wird deshalb bei ge-
272 werbsmäßigen Betriebe selbst als Handelsgeschäft betrachtet. Die

¹) H. R. Heise §. 18. Bender §§. 107 ff. Pöhls §§. 118 ff. 64 ff. Brinkmann §§. 113 ff. Fischer §§. 154 ff. v. Stubenrauch §§. 115 ff. Pardessus 574 ff. Rogron C. d. C. art. 96 ff. D. Pr. R. v. Gerber §. 199. Bluntschli §. 129. Beseler §. 230. Gelpcke, Zeitschr. f. H. R. 1, S. 34 ff. Fr. A. Wengler, Beiträge zur Lehre vom Speditionsgeschäfte (Chemnitz 1860. 146 S.). Deutsch. Entw. S. 207 ff. Motive zum Preuß. Entw. S. 164 ff. Goldschmidt, Gutachten S. 107 f. Protok. 751—781. 1216—27. 4625—28. 5053—55.

Theilung der Arbeit geht noch weiter. Mit gewaltigen Erfolgen schafft die neueste erfinderische Zeit Verkehrserleichterungen. Immer ausgedehnter spannt sie ihre Eisennetze, immer genauer fügt sie die einzelnen Glieder ineinander. Dennoch sind nicht alle Umladungen der Güter zu ersparen. Sollte an den einzelnen Zwischenpunkten der Kaufmann, für dessen Rechnung die Waare reist, die geeigneten Transportmittel auswählen und mit deren Führern abschließen, so würde die hierauf zu verwendende Mühe neuen Spekulationen entzogen werden. Diese Thätigkeit bildet, sofern sie dem Absender auch die Rechtsbeziehung zum Frachtführer oder Schiffer abnimmt, den Hauptinhalt des Speditionsgeschäftes. Wer es 272
gewerbsmäßig betreibt, heißt Spediteur, und ist als solcher Kauf- 4
mann. Die Vorschriften des Gesetzbuches über das Verhältniß des 388
Spediteurs zum Absender finden aber auch Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb in anderen Geschäften besteht, eine Güterversendung durch Frachtführer für fremde Rechnung zu besorgen unternimmt.

Spedition ist also eine auf den Abschluß von Frachtverträgen gerichtete Kommission. Davon verschieden ist die Vermittelung 389
solcher Verträge zwischen dem Absender und dem Frachtführer, aus welcher Frachtmäkler, Güterbestätter, Litzenbrüder, Schiffsprokureure ein Gewerbe machen.

II. Rechte und Pflichten des Spediteurs.

1. Ueberhaupt.

§. 137. In Ermangelung besonderer Vorschriften oder Verabredungen gelten die Regeln der Kommission. Die Aufgabe des 387
Spediteurs, mit umsichtiger Thätigkeit zum Vortheile des Absen- 361
ders für möglichst sichere und billige Ueberkunft des Gutes zu sorgen, umfaßt dessen Empfangnahme, Aufbewahrung und Ablieferung an den Frachtführer, Seeschiffer oder Zwischenspediteur, sowie die Auswahl dieser Personen, der Gelegenheiten und der Wege.[2] Zu

---

[2]) Hätte z. B. der Spediteur die Waare durch ein Land gesendet, in welchem Durchgangssteuer dafür erhoben wird, während ein Theil ihres Betrages durch einen kleinen unschädlichen Umweg sich ersparen ließe, so würde er den Unterschied vertreten müssen.

vertreten hat er hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.
Deren Anwendung muß er beweisen. Mit dieser Entscheidung ist
der Meinungsstreit beendet, ob und in welchem Grade der Spe-
diteur für seine Nachmänner einstehe, und ob der Beweis der
Schuld oder der Schuldlosigkeit erfordert werde, nicht aber der Be-
weis berührt, in wessen Händen die Beschädigung entstanden sei.[3]
Diesen hat Derjenige beizubringen, der Ansprüche erhebt. Ist der
Schaden äußerlich erkennbar, und der Spediteur hat denselben bei
Uebernahme des Gutes nicht gerügt, so ist die Vermuthung gegen
ihn. Empfing er das Gut als Zwischenspediteur, oder bei einem
Lieferungsgeschäft „ab auswärts" im Auftrage des Destinatärs von
365 Fuhrmann oder Schiffer, oder mußte der Destinatär sonst als Ab-
sender betrachtet werden, in dessen Namen er die Waare vom Lie-
feranten abzuholen hatte, so ist er überdies für Feststellung des
bereits wahrnehmbaren Schadens verantwortlich. In jedem Falle
387 sind ihm die Rechte und Pflichten des Kommissionärs auch rück-
366 sichtlich solcher Veränderungen an dem Gute, welche dessen Ent-
werthung fürchten lassen, beigelegt. Ebensowenig, wie den Kom-
missionär, schützt ihn die buchstäbliche Erfüllung des Auftrages.
Sobald unvorhergesehene Ereignisse auf dem vorgeschriebenen Wege
dem Gute Aufenthalt oder Gefahr bereiten, wird die Abweichung
zur Pflicht. Eine Anfrage müßte unter Umständen den Zeitverlust
des Umweges nutzlos vermehren. Eine Anweisung des Empfängers
kann den Spediteur bisweilen decken, ist aber nur soweit maßgebend,
als der Auftrag dies zuläßt. Eine Vertragsverbindung zwischen
den beiden Personen besteht allein, wenn der Empfänger selbst
Absender ist.

381 Der Spediteur kann Provision und Erstattung seiner noth-
wendigen oder nützlichen Auslagen fordern, zunächst nur von dem
Absender; doch wird er meistens auf den Empfänger angewiesen.
Regelmäßiger Hauptbestandtheil der Forderung ist die bedungene
Fracht. Was nicht verwendet ist, darf nicht berechnet werden.

2. Eigene Betheiligung des Spediteurs am Transporte.

§. 138. Weniger, als bei irgend einem Rechtsgeschäfte kommt
es dem Absender auf die Person an, welche den Transport der

---

3) Vergl. Prot. S. 4705. 4773.

Waare übernimmt. Nur Eigenschaften sind nöthig; aber auch für
diese soll der Spediteur sorgen, und in erhöhtem Grade sind sie
gesichert, wenn der Spediteur sich bei der Ueberführung selbst be-
theiligt. Dazu steht die Fracht nach Orten und Zeiten ziemlich fest.
Also gereicht hier der eigene Eintritt des Kommissionärs in das
zu schließende Geschäft dem Auftraggeber nicht zum Nachtheil.
Daher darf der Spediteur, wenn nichts Anderes ausgemacht ist,
die Ladung selbst oder durch angenommene Fuhrleute oder Schiffer, 385
mit eigenem oder gemiethetem Fahrzeug fortschaffen. Auf der ersten 383
Strecke, und wäre es nur vom Lager des Absenders bis nach dem
Bahnhofe, wird regelmäßig der Spediteur zum Frachtführer; auf
den späteren Strecken, und wäre es allein vom letzten Bahnhofe
nach dem Wohnorte des Empfängers, der Frachtführer zum Spe- 430
diteur.[4] In jedem Falle, wenn der Spediteur zum Transporte
eigene Thätigkeit oder eigenes Geräth hergab, so daß er keine oder
nicht volle Fracht zu zahlen hatte, berechnet er die gewöhnliche
Fracht und den bei Speditionsgeschäften sonst gewöhnlichen Betrag
an Provision und Kosten.

Der Wunsch des Absenders, welcher wesentlich dahin geht,
die Waare sicher und so billig, als damit vereinbar, an den Be-
stimmungsort zu bringen, kommt zum klarsten Ausdruck, wenn dem
Spediteur der ganze Transport in Pausch und Bogen verdungen 384
ist. Hier schließt der Spediteur die etwa erforderlichen Frachtver-
träge für eigene Gefahr, also auch für eigene Rechnung, und darf
den Absender mit den Ansprüchen wegen schlechter Ausführung des
Transportes nicht wider dessen Willen an Zwischenspediteure, Fracht- 281
führer oder Schiffer weisen. Bei der zweiten Lesung hatte dies
Geschäft noch eine Beimischung von Kommission. Damals wollte
man im Gesetze als Regel aussprechen, daß auch in diesem Falle
eine Provision zu zahlen sei. Damals ließ sich also sagen, der

---

4) Vergl. Koch, Eisenb. II, §. 19b. Vereins-Regl. vom Febr. 1862 §. 16.
Dies Verhältniß tritt nicht ein für Abfuhr der Güter vom Bahnhofe nach dem
an demselben Orte belegenen Hause des Empfängers. Hier ist die Verpflichtung
der Eisenbahn als Frachtführer erst mit Ablieferung des Gutes an den Empfänger 403
erfüllt. Wenn sie zu diesem Zwecke, oder auch zum Abholen der Güter von den
Absendern, mit besondern Rollfuhr-Unternehmern abschließt, so haftet sie für die-
selben, als für ihre Leute. Anerkannt im Preuß. Eisenb. Regl. von 1862 §. 14.

Spediteur stehe Delkredere für den Frachtführer, sei aber nicht selbst als solcher zu betrachten;[5] nachdem aber die von Hamburg geltend gemachte Auffassung des Handelsstandes jene Regel umkehrte, ist das beschriebene Geschäft auf den so einfachen, wie natürlichen Gesichtspunkt der Transportverdingung zurückgeführt. Beibehalten ist nur die selbstverständliche Möglichkeit, auch unter eingreifenden Abänderungen eine Kommission zu wollen.

3. Sicherungsmittel.

a) Pfandrecht.

§. 139. Der Spediteur hat wegen aller seiner Ansprüche an
382 Fracht, Provision, Auslagen, Kosten und Verwendungen, so wie wegen der dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse[6] ein Pfandrecht[7] an dem Gute. Seiner Natur gemäß müßte dasselbe mit Aufgabe der Gewahrsam erlöschen, dennoch liegt in den Wünschen aller Theile, wenn der Spediteur den Transport nicht selbst leitet, eine baldige Weiterförderung des Gutes in andere Gewahrsam. Das Gesetzbuch bezeichnet zwei Mittel zur Vereinigung dieser Wünsche mit der Sicherstellung des Spediteurs.

Er kann seine Gewahrsam, und damit sein Pfandrecht, durch seine Hintermänner ausüben lassen; nicht gegen deren Willen. Die zwingende Vorschrift des Gesetzes: „der Zwischenspediteur hat die Rechte seines Vormannes auszuüben," ist nur als Auslegungsregel für das Abkommen der beiden Spediteure zu verstehen.

Weit ausgebreiteter, fast allgemein in Uebung, ist das andere Mittel der Nachnahmen.[8] Der Spediteur und jeder folgende Frachtführer oder Spediteur entnimmt von seinem Nachmanne den

---

[5]) Die Kommentare von Makower und Meyer, die anonymen, welche in der Allg. Deutsch. Verlagsanstalt und bei Sacco in Berlin erschienen sind, verharren bei dieser Anschauung, auch v. Kräwel, obwohl derselbe den Hergang bei der dritten Lesung darstellt. Vergl. Prot. S. 1223 u. 5054. Erinnerungen Nr. 421. Der Spediteur ist im Falle des Art. 384 dem Französischen entrepreneur de roulage gleich.

[6]) Wenn auf das Gut Vorschüsse gegeben sind, so bedeutet dies, daß ein Pfandvertrag geschlossen ist. (Oben §. 83.)

[7]) Oben §. 102.

[8]) Vergl. z. B. Deutsch. Entw. S. 211. Koch, Eisenb. II, S. 140. Beseler §. 230. Vereins-Reglement der Deutsch. Eisenb. v. 1862 §. 9.

Betrag seiner oben aufgeführten Forderungen. Deren Zahlung ist eine Auslage, für welche das Pfandrecht zusteht. So vereinigen sich endlich alle durch den Transport des Gutes oder unter dessen vertragsmäßiger Verpfändung entstandenen Ansprüche in der Hand des letzten Frachtführers, der mit der Rechnung auf dem Frachtbriefe dem Empfänger gegenübertritt. Will dieser das Gut erlan- 409
gen oder sich erhalten sehen, so muß er den Betrag bezahlen, ohne Unterschied, ob er dafür Deckung hat, oder den Absender belasten darf. Die Zweckmäßigkeit der Nachnahmen ist einleuchtend, besonders bei kleinen Summen, bei denen die Provision, welche jeder Hintermann für die baare Auslage ansetzt, nicht erheblich über die Kosten hinausgeht, welche durch Zusendung der einzelnen Beträge an die Berechtigten entstehen würden. Lästig wird diese Einrichtung nur durch Mißbräuche: Zuweilen versucht der Absender, eine Gegenforderung durch Nachnahme zu decken. Nicht zu seinem Vortheil. Wenn auch der Empfänger, welcher die bestellte Waare im eigenen Gewerbe braucht, dieselbe einlöst, und wegen einer verhältnißmäßig geringen Ueberlast nicht vor Gericht geht, so wendet er sich für künftige Geschäfte doch lieber an eine weniger rücksichtslose Firma. Die Spediteure sind zuweilen ungenau in Angabe der einzelnen Spesenposten, welche sie nachgenommen haben.[9] Der Kaufmann, der von auswärts bezieht, kann dem Spediteur vielleicht

---

9) Hierfür enthalten die Frachtbriefformulare des Deutschen Eisenbahnvereins, sowohl die älteren, welche bei Koch, Eisenb. und bei Beschorner, Eisenb. im Anhange abgedruckt sind, als auch die neueren (Goldschmidt 5, hinter S. 594), eine Rubrik. Dieselbe wird allerdings selten, oder doch nur oberflächlich ausgefüllt. In zwei Artikeln der Vereins-Zeitung v. 1862 Nr. 70 u. 85 wird deshalb vorgeschlagen, die Rubrik ganz wegzulassen. Mit Recht verweist hiergegen die Redaktion (Koch, der Verf. von Deutschlands Eisenbahnen) auf §. 9 des Vereinsreglements, wonach die Bahnverwaltung die Spezifizirung der Nachnahme verlangen könne. Ein unmittelbares Interesse nicht allein an dieser Rubrik, sondern an einer regelmäßigen Geltendmachung des in §. 9 den Bahnverwaltungen frei gestellten Verlangens hat der Handelsstand. Dies Interesse erkennt der Eisenb.-Verein durch Zulassung der Nachnahmen an. Der kurze Vermerk auf dem Frachtbriefe soll eine weitläuftige Korrespondenz zwischen Empfänger und Absender ersparen. Aber auch die Bahnverwaltung hat ein Interesse. Sie verlangt von ihrem Empfänger Zahlung; sie muß ihm sagen können, wofür. Daß ihr Interesse nicht fühlbar wird, weil die Adressaten die Güter nicht entbehren können oder aus anderen Gründen nicht zurückweisen wollen, macht den Mißbrauch nicht zum Recht.

nachrechnen, aber auch der Konsument bindet sich mit seinen Bedürfnissen nicht an seinen Wohnort. Hier ist jene Genauigkeit besonderes Bedürfniß. Der Konsument ist nicht im Stande, sich von Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der in eine Summe zusammengefaßten Nachnahmen zu überzeugen. Auch wenn er die Wege findet, sich Auskunft zu verschaffen, er wird deren Weitläuftigkeit scheuen, und sich eher für die Zukunft nach einem Verkäufer umsehen, der ihn gegen die Willkür des Spediteurs besser zu schützen weiß.[10]

b) Verjährung.[11]

§. 140. Eine fernere Sicherheit ist dem Spediteur durch eine
386 einjährige Verjährung gegen Ansprüche wegen gänzlichen Verlustes oder wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts geboten.

Die Frist beginnt in Ansehung der Klagen wegen gänzlichen Verlustes mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen; in Ansehung der Klagen wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung geschehen ist.

Auch Einreden aus solchen Ansprüchen sind erloschen, wenn nicht innerhalb der Frist Anzeige von der zum Grunde liegenden Thatsache an den Spediteur gesandt ist.

---

10) In welcher Lage ist z. B. Kaufmann H. F. in Sagan, der mit Frachtbrief der Nied. Märk. Eisenbahn durch Spediteur S. in Breslau von Sendung des Spediteurs R. in Triest zwei Kisten Rosinen und einen Ballen Feigen erhält, wenn darauf eine unspezialisirte Nachnahme von 42 Thlr. 22 Sgr. ruht? Er braucht
408 die Waare, auch kann die Summe richtig sein. Er zahlt also. Erst später gewinnt er Zeit zu der Arbeit, mit Hülfe der verschiedenen Eisenbahn- und Steuertarife nachzurechnen. Er gelangt zu einem anderen Resultate und wendet sich an Spediteur S. um Auskunft. Dieser muß vielleicht auf R. zurückgehen. Im besten Falle ist dem Kaufmann F. ein Aufwand an Mühe und Porto entstanden, welcher vermeidlich war. Der Spediteur S. hat dafür aufzukommen. Will Kaufmann F. gegen ihn auf Schadloshaltung oder auf Rechnungslegung klagen, so ist dazu Zes-
368 sion des R., und wenn diese auf den Verkäufer gestellt war, welcher mit R. in eigenem Namen abschloß, auch dessen Zession erforderlich. Die im Entwurfe zweiter Lesung Art. 379 enthaltene Bestimmung, wonach gegen Zwischenspediteure vom Absender und Empfänger unmittelbar — ohne Zession — sollte geklagt werden können, ist in das Gesetzbuch nicht übergegangen.

11) Oben §§. 94 ff.

Fünfter Titel.

Von dem Frachtgeschäft.[1]

I. Begriffsbestimmung.

§. 141. Das Gesetzbuch versteht unter **Frachtgeschäft** die
Rechtsbeziehungen eines Transportübernehmers zum Frachtgeber und
Empfänger, auch zum Reisenden; es sondert die Beförderung der 557
Güter und Reisenden zur See; und giebt gemeinsame Regeln für 665
den Transport von Gütern zu Lande, auf Flüssen und auf Binnen- 420
gewässern, den ein Kaufmann übernimmt. Wer derartige Trans- 390
porte[2] gewerbsmäßig ausführt, heißt **Frachtführer**, und ist als 272
solcher Kaufmann. Auf gewöhnliche Fuhrleute und Schiffer finden 4
die Vorschriften über Firmen, Handelsbücher und Prokuren keine 10
Anwendung. Der Umfang des Gewerbes entscheidet. Die Geschäfte
der für den Transport von Personen zu Lande, auf Flüssen und
auf Binnenwasser bestimmten Anstalten sind im Gesetzbuche nur 272
unter den Handelsgeschäften aufgezählt.

Wer dem Frachtführer den Transport in eigenem Namen — wenngleich für fremde Rechnung — überträgt, der andere Kontrahent des Frachtgeschäfts, heißt **Absender**, möge das Gut aus seinem oder aus einem anderen Lager ausgehen. Er kann ein Spediteur, ein Zwischenspediteur, auch der Empfänger selbst sein.

---

[1]) H. R. **Heise** §. 30a. **Bender** §§. 66 ff. **Pöhls** §§. 67 ff. **Brinkmann** §. 114. **Fischer** §§. 158 ff. v. **Stubenrauch** §§. 117 ff. D. Pr. R. v. **Gerber** §. 183. **Bluntschli** §. 130. **Beseler** §. 230. **Gelpcke**, Zeitschr. III, S. 56 ff. N. Archiv: Die rechtliche Natur des Frachtbriefes 1, S. 340 ff. **Goldschmidt**, das receptum nautarum etc. in s. Zeitschr. 3, S. 58—118. 331—385. Vergl. auch die unten angeführten Schriften über Postrecht und Eisenbahnrecht. Frühere Entsch. bei **Thöl**, Entsch. S. 266 ff. **Goldschmidt** 3, S. 199. 217. 222 ff.; bei **Seuffert** 15, S. 70 ff. Deutsch. Entw. S. 213 ff. Motive S. 168 ff. Prot. S. 781—862. 1228—53. 1443. 4671—5115.

[2]) Bei den Berathungen wurde eine Bestimmung darüber vorbehalten, ob Leichterfahrzeuge — auf denen die Güter Seeschiffen zugeführt oder von diesen ans Land gebracht werden — nach den Grundsätzen über Flußschifffahrt zu beurtheilen seien (Prot. S. 855). Nach Art. 390. 438. 708. 720. 828. 855 H. G. B. ist anzunehmen, daß dieselben durchweg als Seeschiffe betrachtet wurden.

317 Der Abschluß des Vertrages ist an keine Form gebunden. Der Frachtbrief, dessen Ausstellung selten unterbleibt, und auf Ver-
391 langen des Frachtführers geschehen muß, dient als Beweismittel des Frachtvertrages. Dessen Beweiskraft richtet sich, die Echtheit vorausgesetzt, nach Bedeutung der Gegenbeweise, dessen Beweisfähigkeit nach Vollständigkeit des Inhalts. Daher darf der Frachtführer die Aufnahme aller wesentlichen Punkte fordern. Das Gesetzbuch erwähnt als regelmäßige:

392 1. die Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
2. den Namen und Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen des Absenders;
4. den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll;
5. den Ort der Ablieferung;
6. die Bestimmung in Ansehung der Fracht;
7. den Ort und Tag der Ausstellung;
8. die für Ausführung des Transportes bestimmte Frist.

Die Unterschrift des Absenders ist nicht aufgeführt. Allerdings sind Formulare hergebracht, unter denen der Name des Absenders gedruckt oder lithographirt ist; soll aber der Frachtbrief als Beweisurkunde brauchbar sein, so muß der Frachtführer sich ihrer Echtheit versichern dürfen.

II. Pflichten des Frachtführers.

1. Ueberhaupt.

§. 142. Der Frachtführer soll das Frachtgut, wie empfangen,
400 überbringen. In welchem Maße er sich hierbei anderer Personen
401 bedient, macht für seine Verpflichtung keinen Unterschied; aber jeder folgende Frachtführer, welcher das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbriefe zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung von ihm annimmt, tritt dadurch in die Solidarverbindlichkeit[3] für den ganzen im Frachtbriefe bezeichneten Transport, auch soweit derselbe bereits geschehen war. Diese Vorschrift erscheint, wo die verschiedenen Frachtführer das Transportgewerbe gemeinschaftlich betreiben, als

³) Prot. S. 817 ff. 4721 ff. 4748 ff. 5032. 5098.

eine Anwendung des bei Handelsgesellschaften ausgesprochenen Grund- 112
satzes, wo nicht, als eine Erweiterung der für Gelegenheitsgesell-
schaften gegebenen Regel. Es wird angenommen, der Frachtvertrag 269
sei von Anfang nicht auf die Person des ersten Frachtführers beschränkt, sondern auf seine Nachmänner ausgedehnt gewesen.

Der Handelsstand bedurfte dieser Vorschrift, da ohne den guten Willen der Frachtführer nicht auszumitteln ist, in wessen Händen sich ein Schade ereignete. Der gewissenhafte Frachtführer ist nicht belästigt. Er nimmt überhaupt kein Frachtgut ungeprüft. Jede Abweichung vom Frachtbriefe läßt er feststellen und bescheinigen. Dadurch wird der ursprüngliche Frachtbrief geändert, dem Berechtigten die Person des Schuldners kenntlich, und die Pflicht, für ihn einzustehen, von dem neuen Frachtführer abgewendet.[4] Freilich können nur äußerlich bemerkbare Fehler bescheinigt werden. Kein Frachtführer kann die Glaskisten öffnen, den Spiritus nachmessen.[5] Er steht aber hierbei nicht schlechter, als gegen jeden Befrachter.
Er darf den Beweis erwarten, daß er das Gut ohne innere Mängel 408
übernommen habe. Der Frachtbrief ergiebt dies nicht. Der Absender wird sich also an den ersten Frachtführer halten müssen.

Ist Verlust oder Beschädigung dargethan, so befreit den Frachtführer nur der Beweis, daß die Abwendung des Schadens außer seiner Macht lag. Dem natürlichen Stoffwechsel sind die Güter nicht zu entziehen, doch darf der Frachtführer denselben durch kein Zuthun und keine Unterlassung beschleunigt haben. Auch andere Ereignisse konnten seine Vorsorge mit höherer Gewalt vereiteln; doch mußte er ihnen auszuweichen suchen, wenn sie wirklich unüberwindlich waren.[6]

---

4) Es gehört aber zu seinen Pflichten, die ihm mit äußerer Beschädigung übergebenen Güter gegen den daraus drohenden inneren Schaden zu bewahren; also z. B. das stark leckende Faß beschlagen zu lassen. Vergl. Entsch. des O. A. G. Darmstadt v. 8. Februar 1858 bei Goldschmidt 1, S. 578 ff. Reglement des Postvereins v. 18. August 1860 §. 29.

5) Der Deutsche Eisenb.-Verein hat sich zwar die Befugniß vorbehalten, die Uebereinstimmung des Frachtbriefes mit den Gütern auch nach dem Inhalte zu prüfen (Regl. v. Februar 1862 §. 5, Nr. 3); davon ist jedoch — der Natur der Sache nach — nur in seltenen Ausnahmsfällen Gebrauch zu machen.

6) Den Uebergang der strengen Verhaftung des Seeschiffers von dem salvum fore recipere der Römischen Quellen in das gemeine Recht und die Gesetzbücher

Ausnahmsweise haftet für **Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere** der Frachtführer nur alsdann, wenn diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes angegeben ist, weil ihm die Freiheit verbleiben muß, das Risiko für einen außerordentlich bedeutenden Betrag zurückzuweisen, oder wegen der dadurch auferlegten besonderen Sorgfalt seine Ansprüche zu steigern.

283 Die Strenge der Haftpflicht ist durch Beschränkung ihres Um-
396 fanges gemildert. Der entgangene Gewinn wird nicht erstattet. Der **gemeine Handelswerth**, und wenn kein solcher besteht, der gemeine Werth des Gutes wird, dessen vorschriftsmäßige Ablieferung vorausgesetzt, zu Grunde gelegt und, nach Abzug der ersparten Zölle und Unkosten, bei gänzlichem Verluste vergütigt; Behufs Abschätzung einer Beschädigung aber mit dem Verkaufswerthe des beschädigten Gutes in Vergleich gestellt. Nur, wenn dem Frachtführer eine bösliche Handlungsweise bewiesen wird, hat er den vollen Schaden zu ersetzen.

397 Der durch **verspätete Lieferung** entstandene Schade wird
399 nach allgemeinen Grundsätzen vertreten und bemessen. Die Sorg-
283 falt eines ordentlichen Frachtführers genügt. Wird diese aber nicht
398 bewiesen, so ist voller Schadensersatz zu leisten. Die Verabredung
284 einer Strafe beschränkt den Anspruch nicht.

„des abendländischen Europa," sowie deren allmählige Ausdehnung auf Stromschiffer und Fuhrleute in Deutschland, welche nunmehr in Art. 395 vollendet ist, zeigt mit großer Gründlichkeit **Goldschmidt** in der angeführten Abhandlung. Siehe unten den Personentransport der Eisenbahnen. Ueber den Begriff von vis major daselbst §§. 4 ff. **Bluntschli** a. a. O. S. 20. **Koch**, Eisenbahnen 2, §. 5, sowie die Erkenntnisse des Hamburger Obergerichts und Handelsgerichts bei **Ullrich**, Sammlung seerechtl. Erkenntnisse Nr. 236. 258: Die Klausel im Konnossemente: „The act of god, the queens enemies, fire, machinery, boilers steam, all and every other dangers and accidents of the seas, rivers and steam navigation of what ever nature or kind soever excepted" entschuldigte den Schiffer nicht, der 10 Sack Schellack so nahe an die Dampfmaschine gestaut, daß die Waare geschmolzen war, als wegen stürmischer Reise ungewöhnlich stark geheizt werden mußte. Hätte er für einen anderen Platz im Schiffe gesorgt, so wäre der Schade nicht eingetreten. — Nach der jetzigen Fassung des Gesetzes würde der Frachtführer, welcher unverletzte Theekisten mit übelriechendem Inhalt abliefert (**Goldschmidt** a. a. O. S. 369. Prot. S. 2286), mit dem Nachweise zu hören sein, daß der Schade durch die Nachbarschaft einer anderen Kiste verursacht worden, die innerlich schlecht verpackte Apothekerwaaren enthielt und falsch deklarirt war.

Die dargestellten gesetzlichen Verpflichtungen des Frachtführers können durch Vertrag geändert werden. Ungültig, weil den guten Sitten zuwider, ist jedoch, wenn der Frachtvertrag als solcher ernstlich gemeint war, die Abrede, welche den Frachtführer von Vertretung jedes Verschuldens, auch des vorsätzlichen oder auf grober Fahrlässigkeit beruhenden von vorneherein entbindet.

2. Gliederung der Pflichten.

§. 143. Die Aufgabe des Frachtführers, das Gut, wie empfangen, zu überbringen, findet ihre befriedigende Lösung nur durch eine fortgesetzte thätige Sorgfalt:

1. Mit der Vorbereitung zur Reise beginnt dieselbe. Die 395
innere Verpackung ist Sache des Absenders; ebenso der Verschluß und die Umhüllung, die Emballage. Der Frachtführer übernimmt nur Kolli, nicht deren einzelne Bestandtheile; sind aber Mängel erkennbar, die Ballen bescheuert, die Gebinde lose verböttchert, so muß er prüfen, ob er die Güter in solchem Zustande auf eigene Gefahr transportiren will. Dies verspricht er, wenn er sie ohne Vorbehalt annimmt.

Mit den Gütern sind ihm die Behufs deren zoll- oder steuer-
amtlicher Behandlung etwa erforderlichen Begleitpapiere zu über- 393
geben. Für deren Unrichtigkeit und Unzulänglichkeit wird nach den meisten Zollgesetzen er zur Verantwortung gezogen. Nur sofern er seine Schuldigkeit gethan, und dessenungeachtet mit oder ohne Schuld des Absenders etwas versehen ist, darf er von diesem Ersatz verlangen. Kannte er die Anforderungen der auf seinem Wege belegenen Steuerstellen, so handelt er pflichtwidrig, wenn er sie dem Absender verschweigt.

Die in seine Obhut getretenen Güter hat er zu bewahren, — wenn die persönliche Thätigkeit nicht ausreicht, durch fremde Kräfte —, und zu verladen: Für die Brauchbarkeit seines Fuhrwerks oder Schiffes hat er zu sorgen. Die Verladung selbst (die Stauung),[7]

---

[7]) Vergl. die Erk. bei Ullrich Nr. 13. 14. 26. 49. 236. 258 u. Stipperger, über die Stauung der Schiffe u. s. w. aus dem Englischen von Stevens (Hamburg 1861), behandelt die Kunst des Stauens an den einzelnen in alphabetischer Ordnung aufgeführten Gütern für den Seetransport; doch ist Vieles für den Frachtverkehr zu Lande, auf Flüssen und Binnengewässern unmittelbar zu brauchen,

behält sich der Absender bisweilen vor; aber auch in diesem Falle
muß er Fehler, von denen er Schaden fürchtet, bemerklich machen.
Benutzt er die Leute des Absenders, so haftet doch er allein für
400 die Anweisung der richtigen Plätze; nicht minder, wenn er sich be-
sonderer Stauer bedient. Das geladene Gut ist gehörig zu bedecken
und vor Beschädigungen durch Witterung, sowie durch später ge-
ladenes Gut zu schützen.[8]

394 2. Der Antritt der Reise muß, wenn über die Zeit, binnen
397 welcher der Transport bewirkt werden soll, im Vertrage nichts be-
dungen ist, innerhalb einer nach Ortsgebrauch, oder, in Ermange-
lung, nach den Umständen zu bemessenden Frist erfolgen.

3. Die Fahrt hat den im Frachtbriefe vorgeschriebenen Weg
zu nehmen und die bedungene oder übliche Zeit der Lieferung ein-
zuhalten. Abweichungen können zur Sicherung der Güter nöthig,
oder doch durch Naturereignisse und andere unüberwindliche Hinder-
nisse entschuldbar sein.

402 Der Absender kann der ausbedungenen Fahrt ein Ende machen,
indem er das Gut zurückruft, oder an ein anderes Ziel verweist;
290 aber der Frachtführer ist zur Erledigung der nun verlangten Fahrt
283 nicht ohne neuen Vertrag verpflichtet, und muß entschädigt werden.
394 Sein Anspruch beschränkt sich, wenn der Rücktritt erfolgte, weil
Naturereignisse oder sonstige Zufälle „die Reise" hemmten, auf die
bisherigen Verwendungen, die Kosten der Wiederausladung und
einen verhältnißmäßigen Theil der Fracht. Die Verwendungen sind
voll zu erstatten, über die Höhe der anderen Beträge entscheidet
der Ortsgebrauch, in dessen Ermangelung das richterliche Ermessen.

400 Den Anweisungen des Empfängers folgt der Frachtführer, so-
404 fern er hiezu vom Absender nicht ermächtigt ist, auf eigene Gefahr.
Zwar gilt der im ursprünglichen Frachtbriefe oder später bei dessen
Abänderung vom Absender bezeichnete Empfänger dem Frachtführer
gegenüber für befugt, alle zur Sicherstellung des Gutes erforder-

---

z. B. Verzeichniß der Artikel, die der Selbstentzündung unterworfen sind. — Auch bei Stromschiffen muß die Waare garnirt, d. h. so hoch über den Boden gebracht werden, daß sie vor eindringendem Wasser (Leckage des Schiffes) geschützt ist.

[8]) Entsch. des Ob. A. G. zu Lübeck vom 30. März 1858 bei Goldschmidt 1, S. 574 ff., des Ob. Trib. zu Berlin v. 19. Oktober 1858 daselbst 3, S. 229 f. und bei Striethorst 31, S. 68 ff.

lichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen zu ertheilen; aber auch eine solche Befugniß wird nur im Namen des Absenders ausgeübt,[9] denn sie ist einerseits vom Anrechte des Empfängers an dem Gute unabhängig, und kann andererseits nicht gegen die Berechtigung des Absenders aufkommen, die Waare auf einen anderen Weg zu leiten.
Nur wider den Empfänger, der die Anweisung gegeben, darf sich 402
der Frachtführer unbedingt darauf berufen; der Absender jedoch, oder ein von diesem später bezeichneter anderer Empfänger, braucht
dieselbe nur anzuerkennen, soweit sie dem Zwecke wirklich entsprach 298
und die Grenzen einer Besorgung seiner Geschäfte einhielt.

4. Am Bestimmungsorte muß der Frachtführer den Em- 402
pfänger aufsuchen, und ihm den Frachtbrief übergeben. Wird er angenommen, so tritt nach Inhalt desselben der Empfänger in den zu seinen Gunsten vom Absender geschlossenen Transportvertrag; ebenso durch Annahme des Gutes.[10] Auch vorher — und, wenn
kein Frachtbrief ausgestellt ist, — darf der vom Absender bezeichnete 405
Empfänger die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen

---

[9]) Die Vorschrift des Art. 404 wurde erst in dritter Lesung aufgenommen Prot. S. 4755 ff. und ursprünglich dem Art. 379 zweiter Lesung, welcher von dem Klagrecht des Empfängers gegen den Frachtführer handelt, beigefügt. Nur auf diesen, jetzt Art. 405, bezog sich die Meinungsverschiedenheit der Konferenzmitglieder, ob dem Empfänger ein eigenes Recht gegen den Frachtführer beizulegen, oder ob er als Vertreter des Absenders zu betrachten sei und die Abstimmung, bei welcher man mit 11 gegen 3 Stimmen für das eigene Recht entschied (Prot. 4734 f.). Auch im Gesetze liegt keine Veranlassung, die Klarheit des Rechtsverhältnisses durch die Annahme zu trüben, als habe der Empfänger schon während der Fahrt ein eigenes Recht. Wenn der Empfänger selbst Absender war, so paßt freilich das Mandatsverhältniß nicht (Makower zu Art. 404), aber für diesen Fall kommt Art. 404 überhaupt nicht, sondern nur Art. 402 zur Anwendung.

[10]) Selbstverständlich, wenn der Empfänger nicht zugleich Absender war, welcher den Vertrag persönlich oder durch Stellvertreter abschloß. Das Gesetz hatte nur den weniger einfachen Fall einer Personenverschiedenheit zwischen Absender und Empfänger zu behandeln. — Vergl. oben §§. 58. 104. 109 Nr. 2. — Der Fracht-
brief ist nicht der Vertrag, er beweist denselben nur, soweit er vollständig ist. Der 391
Empfänger soll nur nach Inhalt des Frachtbriefes verpflichtet werden. Es kann also ein Rest von Verbindlichkeit bei dem Absender zurückbleiben, und dieser hat selbst ein Interesse daran, den Frachtbrief richtig und vollständig auszustellen. Ist kein Frachtbrief gegeben, so versteht sich der Eintritt des Empfängers nach Inhalt des ganzen Frachtvertrages.

den Frachtführer geltend machen, insbesondere also auf Uebergabe des Frachtbriefes, Auslieferung des Gutes und Schadensersatz klagen. Dies forderte das augenscheinliche Bedürfniß des Handelsstandes. Der Streit wird sachgemäß und rasch beendet, wo Frachtführer und Empfänger sich gegenüberstehen[11] und das Gut zur Stelle ist. Der Absender konnte erwarten, von dem Vertragsverbande mit dem Frachtführer bereits befreit zu sein. Dieser soll durch seinen Verzug die Lage der Gegner nicht erschweren und den Eintritt des Empfängers nicht eigenmächtig aufhalten. Was bei ordnungsmäßigem Verlauf geschehen mußte, wird als geschehen angenommen: zu Gunsten des Absenders, aber auch, sofern sich dadurch sein Verfolgungsrecht begrenzt, zu seinem Nachtheile. Für seine Anweisungen war in dem Zeitpunkte nichts mehr zu hoffen, in welchem sich die Klage des Empfängers begründen ließ. Deshalb ist ihnen, wenn sie nach Anstellung der Klage eingehen,[12] die Wirksamkeit versagt.

403 Der Frachtführer wird durch Aushändigung des Gutes an den
408 bezeichneten Empfänger seiner Aufgabe entledigt. In Abnahme des Gutes und Zahlung der Fracht liegt seine Quittung.

III. Rechte des Frachtführers.

§. 144. Der Frachtführer hat bei pflichtmäßiger Lösung seiner Aufgabe die Fracht zu fordern; wenn deren Betrag nicht ausgedrückt ist, eine nach dem Urtheil von Sachverständigen angemessene
290 Summe; auch Ersatz für alle Verwendungen an Mühe, Zeit und Kosten, zu welchen er durch jene Aufgabe nicht verpflichtet war.[13] Er ist für Zahlung der auf den Gütern ruhenden Zölle

---

11) Der Gerichtsstand des Vertrages wird, bei aller Mannigfaltigkeit, in welcher die Landesrechte auseinandergehen, hier stets begründet sein. Für das gem. R. Heffter, Syst. §. 164. v. Linde, Lehrb. §. 91. Martin, Lehrb. §. 53 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Preuß. Pr. O. §§. 148 ff., Tit. 2. C. d. P. art. 59. Pr. O. für Oesterr. §. 43. Hannover §. 10. Oldenburg Art. 16. Baden §. 18. Braunschweig §. 34.

12) Angestellt ist eine Klage mit dem Augenblicke ihrer Einbringung bei Gericht. Aus der Vorschrift des Art. 405 ergiebt sich ein genauer Vermerk über den Zeitpunkt der Einbringung solcher Klageschriften als nothwendig, die Mittheilung desselben bei Behändigung der Klage als zweckmäßig.

13) Der Schiffer trägt also z. B. nicht die Kosten der Umarbeitung, wenn
395 dieselbe durch mangelhafte Beschaffenheit des verladenen Getreides nothwendig ge-

verantwortlich, aber er hat dieselbe nur auszulegen. Befrachtung und Ausladung gehören zu dem übernommenen Transporte, aber jeder verschuldete Aufenhalt muß dem Frachtführer vergütet werden. Eine Wartezeit[14] braucht er in der Regel nicht einzuhalten. Durch die Zögerung eines Absenders wird er seiner Verpflichtung gegen die übrigen nicht enthoben; und sollte er die ganze Ladung von dem Säumigen nehmen, so darf er nicht einmal auf dessen Kosten liegen bleiben, sofern ihm ein neuer passender Frachtvertrag geboten wird. Sobald sich die Ausladung der Güter verzögert, weil der Empfänger nicht zu ermitteln ist oder die Annahme verweigert,
kann der Frachtführer vom Gericht die Niederlegung der Güter in 407
einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten erwirken.

Alle seine Ansprüche, mögen sie unmittelbar durch den Frachtvertrag begründet, oder durch gelegentliche Verwendungen hervorgerufen sein, haften auf dem Gute. Mit demselben überträgt sich
das Recht zur Geltendmachung der aus dem Frachtbriefe ersicht- 410
lichen Forderungen auf den letzten Frachtführer; durch Annahme des-
selben geht die Verpflichtung, nach Inhalt des Frachtbriefes Zahlung 406
zu leisten, auf den Empfänger über, und diese Verpflichtung bleibt
in Kraft, wenn auch das Pfandrecht des Frachtführers erlischt. 412

Dies **Pfandrecht**,[15] welches sich auf alle jene Forderungen, 409
insbesondere auf die Nachnahmen erstreckt, überdauert den Besitz 410
des Frachtführers, wenn dieser es binnen drei Tagen nach der Ablieferung des Gutes gerichtlich geltend macht, und dasselbe noch vom Empfänger persönlich oder durch Stellvertretung besessen wird.

Bei Gericht ist der **Verkauf** zu beantragen. Eine förmliche Klage ist nicht erforderlich. Die Gegenpartei wird nur, wenn sie am Orte anwesend ist, gehört; doch findet freie richterliche Prüfung statt: die Anträge werden eingebracht, wenn der Empfänger nicht
zu ermitteln ist oder die Annahme verweigert, oder, wenn er einen 407
Theil der auf dem Frachtbriefe vermerkten Beträge nicht bezahlen 409
will. Er kann im Rechte, die Forderung übertrieben, das Gut 408

---

worden ist. Entsch. des Preuß. Ob. Trib. vom 24. März 1859 bei Striethorst 32, S. 344 ff., bei Goldschmidt 3, S. 218.

14) Vergl. Seerecht Art. 568 ff. 595 ff.

15) Oben §§. 102. 139.

beschädigt sein. Von der Willkür des Frachtführers darf er nicht abhängen. Ist seine Person hinreichend sicher, so wird, zumal wegen eines geringen Unterschiedes, der Verkauf nicht leicht bewilligt werden.

Gegen den Empfänger übt gewöhnlich der letzte Frachtführer die auf dem Gute haftenden Pfandrechte aus, meist, wenn er die Nachnahmen bezahlt hat, für eigene Rechnung; doch können auch — für den Empfänger sichtbar, oder nur im Verhältnisse der Gläubiger
411 untereinander — mehrere Pfandrechte an demselben Gute zusammentreffen. In solchem Falle gebührt der Vorrang den durch die Versendung oder durch den Transport entstandenen Pfandrechten und unter diesen dem später entstandenen vor dem früheren. Hiermit ist die allgemeine Regel, daß das spätere Pfandrecht dem früheren nachsteht, umgekehrt. Nicht ohne Grund: Der frühere Transportübernehmer oder Spediteur wußte von Anbeginn, daß er das Frachtgut in andere Hände und in ein anderes Pfandrecht zu übertragen habe. Er konnte sich sicher stellen. War seine Befriedigung durch den Nachmann nicht erreichbar, so lag dies gerade in der vorausgesehenen Unzulänglichkeit des Gutes.

Unter den Pfandrechten des Kommissionärs und des Spediteurs für Vorschüsse geht das ältere dem jüngeren vor.

Die Befugnisse des Frachtführers sind durch Schutzmittel verstärkt:

407 Er kann sich unter den oben erwähnten Umständen von der Aufsicht über das Gut befreien, und dessen Zustand, um künftigen Schwierigkeiten vorzubeugen, durch Sachverständige feststellen lassen. Das Verfahren, — welches auf Antrag anderer Betheiligten gleichfalls eintreten muß —, ist im Titel vom Kaufe dargestellt.[16]

408 Der Frachtführer ist nach Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht nur wegen Verlustes oder Beschädigung, welche bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar waren, zu belangen, wenn die Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung sogleich nach der Entdeckung beantragt wurde.

Endlich genießt der Frachtführer dieselbe einjährige Verjährung, welche dem Spediteur verliehen ist.[17]

---

16) Oben §. 112. 17) Oben §. 140.

IV. Einwirkung des Ladescheines auf das Rechtsverhältniß des Frachtführers.[18]

§. 145. Das Bedürfniß des Handelsstandes, unter wechselnden Konjunkturen die richtigen zu treffen, verschaffte ihm immer freiere Verfügung über seine Mittel. Es lehrte ihn, der auf offener See schwimmenden Güter sich zu entäußern, und die hierbei erprobten Konnossemente auf den Binnenhandel anzuwenden. Das 413
Gesetzbuch regelt die Gewohnheit.[19] Die Urkunde, durch welche der Frachtführer sich zur Aushändigung des Gutes verpflichtet, wird 414
Ladeschein genannt. Dessen gewöhnliche Bestandtheile werden 392
fast übereinstimmend mit denen des Frachtbriefes angegeben. Als wesentlich ist nur das besondere Erforderniß: „die Unterschrift des Frachtführers" hervorgehoben; über die Wichtigkeit der anderen Merkmale ist dadurch nicht entschieden. Der Richter hat in jedem Falle zu ermessen, ob an eine vorgelegte Urkunde die Wirkung eines Ladescheines zu knüpfen sei.

Neben dem Rechtsverhältnisse des Frachtvertrages wird ein 415

---

[18]) Prot. S. 443. 446—451. 845—854. 4769 ff. Art. 419.

[19]) Wennschon diese Gewohnheit nach den Bemerkungen einiger Konferenzmitglieder und nach dem Aufsatze im N. Archiv 1, S. 368 nicht ganz allgemein war, so hatte sie unzweifelhaft sehr weite Verbreitung nicht allein auf dem Stromgebiet der Oder, wie bei den Berathungen angeführt wurde, sondern z. B. auch auf demjenigen der Elbe und Weichsel gefunden, hauptsächlich bei Getreide und Sämereien, aber auch bei Zink und anderen Waaren, die auf Lieferung verschlossen werden. Das an der Berliner Börse übliche gedruckte Schlußscheinformular über Roggen redet geradezu von einem „laut Konnossement zu beanspruchenden Maß-Ersatze." Ein Konnossement über Weizen, der von Regensburg nach Frankfurt a. M. verladen war, wird bei Seuffert 15, Nr. 49 erwähnt. Vergl. den Rechtsfall bei Goldschmidt 3, S. 217. Nicht zu verwechseln mit den Ladescheinen sind die beim Eisenbahntransporte zulässigen Aufnahmsscheine (Ver.-Reglement §. 5, Nr. 4), welche regelmäßig bei Passagiergepäck, in Oesterreich bei allen Gütern, vorgeschrieben sind (Michel, Oesterr. Eisenbahn §. 65). Diese Scheine lauten meist an den Inhaber; sie können aber wie bisher nur als Beweisstücke über Einlieferung der Güter, beziehungsweise als Legitimationspapier zu deren Empfangnahme gelten, niemals als selbstständige Verpflichtungsurkunden (Literalkontrakte). Hiezu fehlt ihnen ein wesentliches Erforderniß: die Unterschrift des Verpflichteten. Sie werden mit den Tagesstempeln der Aufnahmestation versehen. Die Ausstellung von Ladescheinen im Sinne des Handelsgesetzbuches findet bei Eisenbahnverwaltungen nicht statt. Gestempelte Frachtbriefsduplikate können nur dem Empfänger gegenüber zum Beweise der Güter-Aufgabe dienen.

zweites ausschließlich durch den Ladeschein begründet und bestimmt.
417 Der rechtmäßige Inhaber, der ihn quittirt zurückbringt, hat die
418 Aushändigung des Guts zu fordern. Die Verfügung über dieses
416 wird mit dem Ladescheine aufgegeben. Für den Umlauf berechnet,
302 pflegt er an Ordre gestellt zu werden, damit er durch Giro übertragbar sei.[20] Hiernach beantworten sich einige bei Berathung des Gesetzes angeregte Fragen:

415 1. Die im Ladescheine verschriebenen Güter sind abzuliefern. So lautet das Versprechen. Die Erklärung, mit welcher dasselbe verbunden wird, daß die Güter verladen seien, betrifft das Rechtsverhältniß des Frachtvertrages. Eine Einrede aus diesem Verhältniß ist, soweit nicht durch einen Vermerk gewahrt, gegen den Inhaber des Ladescheines, als solchen, unzulässig.[21]

Hierin fand man eine große Härte; aber derjenige Frachtführer, dessen unbedingte Haftung dem Papiere Werth geben konnte — und dies wird regelmäßig nur der Schiffer, nicht der gewöhnliche Fuhrmann sein — versteht auch die Folgen seiner Unterschrift. Er kann dieselbe verweigern, oder den Schein auf des Absenders Namen stellen. Die Einwendungen, welche gegen diesen zustanden, muß sich der Zessionar gefallen lassen.

401 2. Der Nachmann eines Frachtführers tritt in dessen Verbindlichkeiten aus dem Frachtvertrage; die auf dem Ladescheine beruhenden erfüllt er nur in dessen Auftrag. Der letzte Inhaber des Scheines kann den Aussteller, auf dessen Deckungsmittel gerechnet wurde, schwer erreichen. Mit Unrecht entnahm man aus diesem Uebelstande ein Bedenken gegen die Ladescheine überhaupt. Dieselben sind nur bei Transporten, welche Umladung erfordern, weniger nützlich, und deshalb weniger angewendet.

3. Das Bedürfniß nach Duplikaten, welches bei Konnossementen überall gesetzliche Anerkennung gefunden hat,[22] tritt bei

---

[20]) Oben §§. 44. 104.

[21]) Damit einverstanden der Aufsatz im N. Archiv a. a. O. und das Ober-Tribunal zu Stuttgart in dem Falle bei Seuffert 15, Nr. 49; auch, wie behauptet werden darf, die Meinung des Handelsstandes an den Plätzen, wo die Ladescheine bisher üblich waren. Lauten dieselben an Ordre, so ist freilich die
303 Beschränkung der Einwendungen selbstverständlich.

[22]) Einige Gesetzgebungen schreiben die Ausstellung mehrerer Exemplare vor. Vergl. das Seerecht.

Ladescheinen nicht hervor. Man wollte die Ausfertigung mehrerer Exemplare, um Mißbrauch zu verhüten, ganz untersagen. Dies wurde abgelehnt, Ausbildung wie Beurtheilung der Duplikate aber — mit welchen Kopieen nicht zu verwechseln sind — der Wissen- 414
schaft und Praxis überlassen. Der Frachtführer ist aus jedem Exem- 413
plare zur Ablieferung verpflichtet. Dieselbe ist nur einmal möglich. 417
Der rechtmäßige Inhaber eines Exemplares quittirt also mit dem seinigen die späteren Ansprüche aus anderen Exemplaren. Unter den Ansprüchen, welche vor Aushändigung der Güter aus mehreren Exemplaren erhoben werden, vermag der Frachtführer den besser berechtigten nicht zu erkennen.[23] Er befreit sich, indem er die Güter gerichtlich oder in einer anderen sicheren Weise niederlegt. Der Streit unter den Inhabern ist nicht immer nach dem Zeitpunkt zu schlichten, an welchem die einzelnen Exemplare von dem gemeinschaftlichen Vormanne verschiedenen Personen übertragen wurden. Es kommen dabei nach Umständen die Rechtsverhältnisse des Vormannes zu diesen Personen in Betracht: Sollten die Güter der früher zum Empfange ermächtigten in Kommission gegeben werden, so wird — wenn sie den Auftrag noch nicht vollzogen hat — ihr unbedenklich die später ermächtigte Person, der die Güter verkauft sind, vorgehen. Nach einigen Rechtssystemen verliert das ältere Datum des Käufers den Vorzug durch dessen Unvermögen, den Kaufpreis zu bezahlen.[24]

4. Der Ladeschein steht nicht außer Beziehung zu dem Transporte. Es wird darin die Ablieferung der Güter an dem Bestimmungsort versprochen. Hat der Frachtführer nur ein Exemplar des Ladescheines unterzeichnet, so muß er freilich den ändernden Verfügungen des Inhabers gehorchen; sind aber mehrere Exemplare ausgestellt, so kann seine Verpflichtung gegen jeden rechtmäßigen Inhaber eines solchen, am Bestimmungsorte abzuliefern, nicht
durch einen Inhaber zum Nachtheil der übrigen erlassen werden.[25] 416
In diesem Falle ist das Anweisungsrecht des Absenders nur von 647
sämmtlichen Exemplar-Inhabern gemeinsam auszuüben. 661

[23]) Oben §. 60, Note 8.

[24]) Vergl. oben §. 104. Motive S. 269. Prot. S. 2233 ff. Mit einer solchen Einschränkung ist auch Art. 651 H. G. B. zu verstehen.

[25]) Wäre dies nicht die Meinung des Gesetzes, so ließe sich die Vorschrift des Art. 416 durch Ausstellung und Rückgabe eines neuen Exemplars umgehen.

V. Von dem Frachtgeschäft der Posten.[26]

1. Die Quellen des Deutschen Postrechts.

§. 146. Die Posten sind Regalien.[27] Die Verwaltung wird von den Deutschen Staaten theils für eigene Rechnung ausgeübt, theils vertragsmäßig durch Nachbarstaaten oder durch das fürstliche Haus von Thurn und Taxis.[28] Das öffentliche Recht hat sich den Einfluß auf das Verhältniß der Postanstalten zu den Personen,

---

[26]) Klüber, Oeffentl. Recht des Deutschen Bundes §§. 433 ff.; Müller, über die de recepto actio (Leipzig 1857) S. 110 ff.; Stephan, Geschichte der Preuß. Post von ihrem Ursprunge bis auf die Gegenwart (Berlin 1859), woselbst S. 199 f. die frühere Literatur; Kompe, vom Post-Transportvertrage, insbesondere von der Schadensersatzverbindlichkeit der Postanstalten nach Maßgabe der Postvereinsbestimmungen in der Zeitschr. f. Deutsch. R. 18, S. 301 bis 388; Knies, der Telegraph, als Verkehrsmittel S. 75—111; von Linde, Deutsches Postrecht, in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. N. F. 16, S. 150—198 und 295—384; Derselbe, über die Haftverbindlichkeit der Postanstalt nach Grundsätzen des Deutsch-Oesterreichischen Postvereins und den Partikular-Rechten der zu demselben gehörigen Staaten (Gießen 1859. S. 198. 8); Kompe, der Entwurf eines allg. Deutsch. H. G. B. in seinem Verhältnisse zum Deutschen Post- und Eisenbahntransportrechte (Regensburg 1859); Fischer, H. R. §§. 217 ff.

[27]) Das Postregal besteht in der Befugniß des Staates, Personen oder Sachen gegen Bezahlung mit unterwegs gewechselten Transportmitteln oder zwischen bestimmten Orten mit regelmäßig festgesetzter Abgangs- oder Ankunftszeit ausschließlich zu befördern (Preuß. Ges. vom 5. Juni 1852 §. 1). Es fehlt nicht an Stimmen, welche eine Selbstbeschränkung des Regals, insbesondere beim Gütertransport anrathen. Ueber die volkswirthschaftlichen Gründe, welche für Beibehaltung des Regals sprechen, siehe Stephan a. a. O. S. 671 ff.; auch Knies a. a. O. S. 263 ff. Der großartige Erfolg des Deutschen Postvereins, welcher bereits im Jahre 1857 die Vereinsbezirke mit mehr als 21,000 □Meilen in Absicht auf den Fahrpostverkehr, auf das Fahrposttax-, Expeditions- und Rechnungswesen zu einem einzigen ungetheilten Postgebiete zusammenfaßte, welcher das Ausland nöthigte, seinen Bestrebungen für schnellen und wohlfeilen Verkehr sich anzuschließen, war durch Privatunternehmer nicht im entferntesten erreichbar. — Nicht zu verwechseln mit dem Regal ist der Postzwang, d. h. die Verpflichtung, sich zu gewissen Versendungen ausschließlich der Posten zu bedienen. In Rücksicht auf die dem Postzwange unterliegenden Gegenstände bestehen in Deutschland sehr mannigfaltige Bestimmungen. Dieselben sind zusammengestellt in der Zeitung Deutscher Eisenb. Verw. von 1862 Nr. 33.

[28]) Kaiserliche Lehnbriefe von 1615 und 1621. Reichsdeput.-Hauptschluß vom 25. Februar 1803 §. 13. Deutsche Bundesakte Art. 17. (Klüber a. a. O.)

welche sie benutzen, vorbehalten, ohne es dem Gebiete des Privatrechts zu entziehen. Hier steht das Verhältniß unter dem Begriffe 421
des Frachtgeschäfts und unter dessen Regeln. Diese sollen aber nur insoweit gelten, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen etwas Anderes bestimmt ist. Die Schonung der Landesrechte bei einem so wichtigen Gegenstande scheint der Aufgabe des Gesetzbuches zu widersprechen; aber gerade das Postwesen Deutschlands befindet sich in einem mächtigen Aufschwunge. Von dessen ungehinderter Entfaltung durfte die heilsamste Ausgleichung der Rechtsverschiedenheiten erwartet werden.

Dem von Oesterreich und Preußen kund gegebenen Gedanken, ein vereintes, den Begriff des Auslandes innerhalb der Vereinsgrenzen aufhebendes Postgebiet zu schaffen, dienten die Dresdener Konferenzen (18. Oktober 1847 bis 3. Februar 1848). Auf deren Vorarbeiten gründete sich der Deutsch-Oesterreichische Postvereinsvertrag zwischen Oesterreich und Preußen vom 6. April 1850. Die Postverwaltungen der übrigen Deutschen Staaten, mit Ausnahme der Herzogthümer Holstein, Lauenburg, Limburg und des Oldenburgischen Fürstenthums Lübeck, welches unter Dänischer Postverwaltung steht, traten bei. Man begnügte sich zunächst mit „gleichmäßigen Bestimmungen für die Taxirung und postalische Behandlung der Brief- und Fahrpostsendungen, welche sich zwischen verschiedenen zum Verein gehörigen Postgebieten oder zwischen dem Vereinsgebiet und dem Auslande bewegen;" behielt jedoch „die weitere Ausbildung des Vereins und Einführung allgemeiner Verbesserungen, Gleichheit der Gesetzgebung und der Reglements" künftigen Postkonferenzen vor.[29] Diese hatten den revidirten Postvereinsvertrag vom 5. Dezember 1851 nebst Ergänzungen und Aenderungen und endlich den neuen Vertrag vom 18. August 1860 zur Folge, welcher bis zum Schlusse des Jahres 1870 und sodann unter Vorbehalt einjähriger Kündigung in Kraft bleibt. Die darin

---

[29]) Da diese über „direkte Einwirkung des Vereins auf die interne Postgesetzgebung der einzelnen Vereinsgebiete" nur mit Stimmeneinhelligkeit beschließen sollten (Revid. Vertrag von 1851 Art. 75), so war die Zurückhaltung des H. G. B. auch geboten durch die Vertragspflicht gegen das beim Postvereine, nicht aber bei den Nürnberger Konferenzen betheiligte Haus Thurn und Taxis.

vom Postvereine bezeichneten Bedingungen,[30] unter denen er die Benutzung seiner Transportanstalten gestatten will, sind für die Verhältnisse seiner Mitglieder, als solcher, zu den Personen, mit welchen Frachtverträge abgeschlossen werden, gemeines Postrecht. Auf den Verkehr innerhalb der einzelnen vereinigten Gebiete findet dasselbe keine unmittelbare Anwendung; drängt sich aber unabweislich den Verwaltungen auf, bei denen hierfür noch andere Grundsätze bestehen.[31] Der wachsende Umfang des Betriebes erfordert Einfachheit; und jene Bedingungen sind den Postanstalten günstiger, als die Regeln des Handelsgesetzbuches vom Frachtgeschäft.

2. Besonderes Rechtsverhältniß der Posten als Frachtführer.

§. 147. Der Inhalt jener Bedingungen ist, soweit sich danach das Rechtsverhältniß der Posten von dem anderer Frachtführer unterscheidet, folgender:

A.

Die Postverwaltung[32] haftet für die unversehrte Ueberkunft der aufgegebenen Gegenstände überhaupt nicht, wenn der Schaden

1. durch Fahrlässigkeit des Absenders,
2. durch Krieg oder unabwendbare Folgen von Naturereignissen

herbeigeführt ist, oder, wenn erst nach Ablauf eines halben Jahres seit dem Tage der Aufgabe Ersatz verlangt wird.

Für abhanden gekommene Briefe leistet sie nur, wenn dieselben rekommandirt waren, eine gleichmäßige Entschädigung von 14 Thalern oder 21 Fl. Oesterr. oder 24½ Fl. Südd. Währung.

Bei Fahrpostsendungen — Geldern und Packeten — ist,

---

30) Vertrag vom 18. Aug. 1860 (Preuß. Ges. S. v. 1861 S. 25 ff.) Art. 25. 26. 75. 76. 77 und Reglement für den Postvereinsverkehr vom 18. Aug. 1860. Vergl. dasselbe in der amtlichen Ausgabe der Preuß. Postgesetze u. s. w. (Berlin 1861) S. 17 ff. Auf den Personentransport bezieht sich der Vertrag nicht. In dieser Beziehung gelten die Landesgesetze, z. B. §. 15 des Preuß. Postges. vom 5. Juni 1852.

31) Das Preuß. Postges. von 1852 stimmt im Wesentlichen damit überein. Vergl. unten Note 33.

32) Von den Ansprüchen gegen die einzelnen Beamten ist hier nicht die Rede. Diese haften für die von ihnen verschuldeten Beschädigungen nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts.

soweit es sich um Beschädigung oder Abgang handelt, die Beweislast vorausbestimmt: die Postbeamten sollen die Annahme ablehnen, wenn sie die Adresse nicht genau, die Verpackung, den Verschluß, die Signatur nicht den Umständen entsprechend haltbar finden; es darf also vermuthet werden, daß später entdeckte äußerlich erkennbare Mängel erst während des Transportes entstanden sind. Wird die Vermuthung nicht widerlegt, auch der Zusammenhang des äußeren Mangels mit der inneren Beschädigung dem Richter unzweifelhaft gemacht, so ist die Ersatzverbindlichkeit begründet. Läßt sich aber ein solcher Zusammenhang nicht darthun, oder wird die Vertretung für einen inneren Schaden ohne äußerlich erkennbare Verletzung beansprucht, so muß der Postverwaltung ein „besonderes Verschulden" nachgewiesen werden. Diese Bestimmung ist so lästig, daß sie in den angegebenen Fällen die Haftpflicht beinah aufhebt; auch ist sie gegen erleichternde Auslegungsversuche wohl verwahrt: die Feststellung, daß bei der Auflieferung der Inhalt unbeschädigt, die innere Verpackung in bestem Stande war, — woraus der Eintritt des Schadens unter der Obhut der Postverwaltung folgt, — genügt nicht; sie wird nebenbei verlangt. In den angegebenen Fällen aber kann die Beschädigung, mit sehr seltenen Ausnahmen, nur auf Versehen des Absenders beruhen. Zu hart ist also die Bestimmung nicht, und sie war nothwendig, sollte die gemeinnützige Thätigkeit der Posten nicht durch willkürliche Plünderungen gefährdet sein.

Ueber die Beweislast bei gänzlichem Verluste einer Sendung ist nichts gesagt. Hier schützen sich die Posten durch Einlieferungs- und Ablieferungsscheine, durch Abstempeln der Begleitbriefe und durch Vermerke in ihren Büchern.

Das Maß des zu gewährenden Ersatzes ist verschieden, je nachdem der Absender den Werth der Sendung deklarirt hat:

1. Ist dies überhaupt nicht geschehen, so wird eine Vergütigung von 10 Silbergroschen oder 50 Neukreuzern Oesterr. oder 30 Kreuzern Südd. Währung für jedes abhanden gekommene Pfund oder den Theil eines Pfundes geleistet und bei Beschädigungen als höchster Satz angenommen, bis zu welchem der wirklich entstandene Schade an jedem einzelnen Pfunde zu ersetzen ist.

2. Durch Deklaration des Werthes giebt der Absender zu er-

kennen, daß in Verlust- oder Beschädigungsfällen der wahre Werth erstattet werden solle. Der angegebene Werth gilt so lange als der wahre, bis die Postverwaltung einen geringeren, oder der Absender einen höheren beweist.[33] Diesem ist ein solcher Nachweis nur bei gänzlichem Verluste abgeschnitten. Theilweiser Verlust (Abgang) ist Beschädigung des Ganzen.

B.

Für einen durch verzögerte Beförderung entstandenen Schaden haftet die Postverwaltung innerhalb der für den Verlustfall gezogenen Grenzen. In dem Vereinsvertrage ist diese Verbindlichkeit bei Fahrpostsendungen, und hier zum Zwecke der näheren Bestimmung anerkannt: die Verspätung müsse nachweislich durch Verschulden der Post herbeigeführt, und die Sache dadurch in ihrer Substanz verdorben sein.

397 Bei rekommandirten Briefen haftet die Post nach
400 Handelsrecht. Sie befreit sich durch den Beweis, daß die übliche Lieferungszeit auch bei Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht einzuhalten war. Den Beweis eines Schadens kann sie erwarten; dieser aber muß als geführt betrachtet werden, wenn nur ersichtlich ist, daß die Verspätung einem Verlust des Briefes gleichkam,[34] weil

---

[33]) Es wird immer nur der wahre Werth erstattet, niemals der mittelbare Schade oder der entgangene Gewinn. Das von dem Preuß. General-Postamt in der angeführten amtlichen Ausgabe der Preuß. Postges. S. 107 angeführte Beispiel ist auch hier zutreffend: Die eingelieferten Güter hatten einen gewöhnlichen Verkaufswerth von 300 Thlrn. Am Bestimmungsorte konnten sie für 400 Thlr. veräußert werden. Kommen sie nun beschädigt an, und zerschlägt sich deshalb das Geschäft, so dient bei dem Ersatze der Post nur der Betrag von 300 Thlrn. zum Maßstab.

Sehr liberal erklärte das Preuß. Gen. Postamt in einigen neueren Fällen den §. 12 des Preuß. Postges. so, daß, wenn ein Werthinhalt von 1000 Thlrn. zur Hälfte verloren ging, die vollen deklarirten 500 Thlr. zu erstatten seien, obwohl das Gesetz nur vorschreibt, daß die Werthsdeklaration bei Feststellung des zu leistenden Schadensersatzes zum Grunde gelegt werde. Dies geschieht auch, wenn, wie Art. 75 des Vereinsvertrages im Einklange mit dem Versicherungsrechte des
796 H. G. B. bestimmt, nach Verhältniß der Versicherungssumme zum Versicherungswerthe für den Schaden eingestanden wird.

[34]) Z. B. Verzögerung eines Anstellungsgesuches bis nach Besetzung des begehrten Amtes, einer Appellationsanmeldung bis nach Ablauf der Frist.

auch im Verlustfall die feste Summe von vierzehn Thalern ohne besonderen Nachweis zahlbar ist.

Für verspätete Beförderung oder Bestellung eines Expreßbriefes leistet die Postbehörde keine Entschädigung, soweit dessen eigenthümliche Natur eine besondere Behandlung fordert: den Brief erhält ein erst gesuchter und gemietheter Bote zur Bestellung.

C.

Jeder Ersatzanspruch wird zwischen der Postverwaltung des Aufgabeortes und dem Absender verhandelt. Der Adressat wird nur als dessen Rechtsnachfolger oder Stellvertreter zugelassen, auch ohne Vollmacht, wenn der Absender nicht zu ermitteln ist.

Der Absender ist befugt, über die aufgegebenen Sendungen so lange auf seine Kosten zu verfügen, als solche nicht an den bezeichneten Empfänger übergeben sind, in seinem Verfolgungsrechte aber dadurch beschränkt, daß die Aushändigung einer Vereinssendung an den gehörig legitimirten Adressaten auf dessen Verlangen — sofern im einzelnen Falle keine dem Beamten bekannte Bedenken entgegenstehen — auch an einem Umspeditionsorte stattfinden kann.

VI. Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen.[35]

1. Die Quellen des Deutschen Eisenbahnrechts.

§. 148. Der freie Gebrauch der Landstraßen sieht sich in neueren Zeiten von dem Hoheitsrecht der Staaten auf Eisenbahnen verwiesen, deren Anlage die Staaten sich vorbehielten oder bestimmten Unternehmern überließen. Jede erste Eisenbahn zwischen

[35]) Bessel und Kühlwetter, das Preußische Eisenbahnrecht Th. 2 (Köln 1857) S. 128—135 und S. 206—221. Beschorner, das Deutsche Eisenbahnrecht u. s. w. (Erlangen 1858. 319 S.). Koch, Deutschlands Eisenbahnen, Abth. 2 (Marburg 1858. 354 u. 256 S.). Beschorner im Archiv für ziv. Pr. 41, S. 393 ff. Goldschmidt daselbst S. 406 ff. Mittermaier daselbst S. 410 ff. Kompe, der Entwurf eines allgem. Deutschen H. G. B. in seinem Verhältnisse zum Deutschen Post- und Eisenbahntransportrecht (Regensburg 1859) S. 33—44. Michel, Oesterreichs Eisenbahnrecht (Wien 1860) S. 156—199. Die Zivil-Verantwortlichkeit der Transportführer mit besonderer Berücksichtigung der heutigen Transport-Anstalten, redigirt im Bureau des Handels- und Gewerbe-Vereins für Rheinland und Westphalen (Düsseldorf 1860. S. 15). Röhrich, die Eisenbahnen, als Transportmittel der Gegenwart, den Interessen des Publikums gegenüber (Gotha 1860). Penne, Güterverkehr und Eisenbahn (Leipzig 1860. 39 S.).

zwei gegebenen Punkten zwingt den Verkehr auf ihre Schienen und hindert wegen des großen Einsatzes, welchen die Einrichtung erfordert, Parallelbahnen, wenn auch gegen diese die Konzessionsurkunden keinen Schutz versprechen. Konkurrenzen, welche sich dennoch dem großen Handel auf längeren Linien darbieten, gleichen sich leicht durch Uebereinkunft der Unternehmer aus. Durch die Betriebsreglements, in welchen die Bahnverwaltungen ihre gesetzliche Haftpflicht im Wesentlichen übereinstimmend beschränkten, fühlte sich der Handelsstand gedrückt. Der deswegen vor den Gerichten mit ungleichem Glücke geführte Kampf wurde leidenschaftlicher, als er das Gebiet der Gesetzgebung erreichte. Zur Zeit der Berathungen in Nürnberg bildete der Verein von 59 Deutschen Eisenbahnverwaltungen eine geschlossene Macht, welche ihre gemeinsamen Reglements vertheidigte. Der Preußische Entwurf hatte dieselben geschont; er verlangte nur, was unvermeidlich war, und deshalb auch in das
421 Gesetzbuch überging, die Anwendung der allgemeinen Regeln vom Frachtgeschäft auf Eisenbahnanstalten. Bei der zweiten Lesung beschloß man aber außerdem:

> Art. 376: Verträge, durch welche die vorstehenden gesetzlichen Verpflichtungen des Frachtführers zum Schadensersatze (Art. 371 bis 375)[36] beschränkt oder aufgehoben werden sollen, haben keine rechtliche Wirkung.

Man rechtfertigte den Eingriff in die Vertragsfreiheit des einen Kontrahenten durch das Bedürfniß, die thatsächlich aufgehobene Vertragsfreiheit des anderen herzustellen, führte denselben aber bei der dritten Lesung, nachdem inzwischen die Kommission des Deutschen

---

v. H(ahn), das Deutsche Handelsgesetzbuch und die Eisenbahnen (Jena 1860. 64 S.). Michaelis, das Monopol der Eisenbahnen, eine Denkschrift der vierten Versammlung des Kongresses Deutscher Volkswirthe im Auftrage der ständigen Deputation desselben vorgelegt (Leipzig 1861), wichtig als Erläuterung zu dem einstimmigen Beschlusse des Preuß. Abgeordnetenhauses vom 1. August 1862 (abgedruckt in der Ztg. des Vereins Deutscher Eisenbahnen von 1862 Nr. 85). Goldschmidt, die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr in s. Zeitschr. 4, S. 569—660, und: das Reglement für den Vereins-Güterverkehr auf den Deutschen Eisenbahnen daselbst 5, S. 588—606. Harder in der Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. N. F. 18, S. 221 ff. Kommissionsberichte der beiden Häuser des Preuß. Landtages.

[36]) Jetzt: Art. 395. 397. 398. 400. 401.

Eisenbahnvereins eine Denkschrift vom 12. Dezember 1859 und Abänderungsvorschläge vom 25. Januar 1860 eingereicht hatte, auf ein milderes Maß zurück.

Die Bestrebungen der entgegengesetzten Parteien verstummten, als an der unveränderten Annahme des Handelsgesetzbuches in Preußen nicht mehr zu zweifeln war. Sofort begannen die Arbeiten des Deutschen Eisenbahnvereins, sich für die neue vom Handelsgesetzbuche beherrschte Lage entsprechend einzurichten. Das Reglement, betreffend den Güterverkehr des damals aus 63 Verwaltungen bestehenden Vereins vom Februar 1862, war die Frucht.[37] Dessen Gültigkeit ist unbedenklich, denn die Grenzen, welche das Gesetzbuch der Vertragsfreiheit gezogen hat, sind eingehalten; dessen Wirksamkeit ist dadurch gesichert, daß keine Sendung ohne den vorgeschriebenen gedruckten, von der Eisenbahn gestempelten Frachtbrief angenommen, auch der Frachtvertrag erst durch Ausstellung des Frachtbriefes Seitens des Absenders[38] und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Stempels Seitens der Expedition der Absendestation geschlossen wird. Am Kopfe dieser Frachtbriefe steht groß gedruckt:

> Sie empfangen die nachstehend verzeichneten Güter auf Grund der in dem Reglement für den Güterverkehr auf den Bahnen des Vereins Deutscher Eisenbahn-Verwaltungen, sowie der in den besonderen Reglements der betreffenden Bahnen, beziehungsweise der Verbände enthaltenen und mir bekannten Bestimmungen, welche für diese Sendung in Anwendung kommen.

---

[37]) Vergl. Goldschmidt in s. Zeitschr. 4, S. 569 ff. und Vereins-Zeitung von 1862 Nr. 4. 13. 14. 15. 16. 19. 23. Das Reglement bezieht sich nicht auf den Personenverkehr, aber auch in Gemäßheit der bei den Eisenbahnen hergebrachten Unterscheidung nicht auf Reisegepäck, Vieh-, Equipagen- und Leichen-Transport. Hierfür soll an Stelle des Reglements vom Juli 1857 ein neues vereinbart werden.

[38]) Das Ver. Regl. verlangt die Unterschrift. Das Reglement für die Königl. Preuß. und unter Preuß. Staatsverwaltung stehenden Bahnen vom 17. Febr. 1862 erläutert dies dahin, daß die gedruckte oder gestempelte Zeichnung des Namens genüge. Das Bedenken, welches gegen solche Zeichnung vom Preuß. Ober-Tribunal in dem Erkenntniß vom 18. September 1862 (bei Striethorst 45, S. 338) auf Grund des A. L. R. geltend gemacht wird, ist durch das H. G. B. gehoben. 317

Besondere Reglements sind von vielen Bahnverwaltungen erlassen; allen aber liegt das Vereins-Reglement zum Grunde. Dessen Inhalt ist *gemeines Deutsches Eisenbahnrecht*. Sein Bestand ist dadurch gesichert, daß zu Abänderungen Einstimmigkeit der Mitglieder erfordert wird.

2. Besonderes Rechtsverhältniß der Eisenbahnen als Frachtführer.

§. 149. Das Rechtsverhältniß der Bahnverwaltungen als Frachtführer stellt sich nach gemeinem Eisenbahnrecht in folgenden Beziehungen als ein besonderes dar:

I. Beim Güterverkehre.

A.

422 Eine Eisenbahn, welche dem Publikum zur Benutzung für den
283 Gütertransport geöffnet ist, wird zu Schadensersatz verpflichtet, *wenn sie die nachgesuchte Eingehung eines Frachtvertrages ohne rechtmäßigen Grund verweigert*. Ein solcher ist vorhanden:

1. sofern die Güter an sich oder vermöge ihrer Verpackung nach den Reglements, und im Falle die letzteren fehlen oder keinen Anhalt gewähren, nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn zum Transporte sich nicht eignen.
   a) Reglementsmäßig ausgeschlossen von der Beförderung im Vereinsverkehre sind: Dokumente, Gold- und Silberbarren, Edelsteine, echte Perlen, Pretiosen, Platina, baare Gelder, Gemälde und andere Kunstgegenstände.[39]

      Welche sonstigen Gegenstände auf einzelnen Verkehrsstrecken von der Beförderung ausgeschlossen sind, wird öffentlich bekannt gemacht.[40]
   b) Reglementsmäßig können Güter zurückgewiesen werden, welche nicht zweckmäßig oder gar nicht verpackt sind, ungeachtet ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen

---

[39]) Die aufgeführten Gegenstände unterliegen meist dem Postzwange, Gemälde und andere Kunstgegenstände freilich nicht. Deren Ausschluß ist durch das H. G. B.
395 nicht gerechtfertigt. Dieselben gehören zu den Kostbarkeiten, bei denen eine Haftpflicht des Frachtführers nur durch Deklaration herbeigeführt werden kann. Das Preuß. Regl. läßt sie zu.

[40]) In den Reglements der Verbände und einzelnen Verwaltungen werden sie aufgeführt.

Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte erfordert;[41] — „doch kann dergleichen Gut auch ausnahmsweise befördert werden, wenn der Absender das Fehlen oder den mangelhaften Zustand der Verpackung durch eine mit seiner Unterschrift versehene auf dem Frachtbriefe zu wiederholende Erklärung anerkennt."[42]

2. Ein Ablehnungsgrund ist auch vorhanden, sofern der Absender in Bezug auf die Fracht, die Auflieferung der Güter und die sonstigen den Eisenbahnen freigestellten Transportbedingungen sich den allgemein geltenden Anordnungen der Bahnverwaltung nicht unterwirft;

3. sofern die Beförderung noch nicht geschehen kann, namentlich also, sofern die regelmäßigen Transportmittel der Bahn zur Ausführung des Transportes nicht genügen.

In Ansehung der Zeit der Beförderung darf kein Absender vor dem anderen ohne einen in den Einrichtungen der Bahn, in den Transportverhältnissen oder im öffentlichen Interesse liegenden Grund begünstigt werden.[43]

B.

Die Verpflichtung der Eisenbahn, für ihre Leute, oder 400
für andere Personen einzustehen, deren sie sich bei Aus- 423

---

[41]) Diese Ausführung des Gesetzes enthält §. 2 des Ver. Regl. mit dem Zusatze, daß „das Ermessen der Eisenbahn über die Entbehrlichkeit einer besseren Verpackung entscheide." Hierdurch ist nur der Geschäftsgang geordnet. Die Absicht des Vereins kann nicht gewesen sein, sich einer im Gesetze auferlegten Pflicht nach eigenem Ermessen zu entziehen (vergl. Kommissionsber. des Preuß. Abg. Hauses).

[42]) Das Reglement verlangt ein Anerkenntniß; es kann aber nur ein Zugeständniß des Thatbestandes gemeint sein. Ein solches gewährt dem Frachtführer den gewünschten Nutzen (oben §. 142). Ein Anerkenntniß, also die Zustimmung des Absenders zu dem Urtheile des Bahnexpedienten über den Thatbestand, würde dessen Beweis nicht ersparen. Zeigte sich danach das Anerkenntniß nicht begründet, so wäre es unverbindlich.

[43]) Verträge, worin die Oberschlesische Eisenbahn sich von Gewerkschaften der an ihrer Bahn belegenen Steinkohlengruben oder von anderen Steinkohlen-Versendern versprechen läßt, daß diese täglich an einer bezeichneten Ladestelle eine bestimmte Anzahl von Tonnen Kohlen zum Versand bringen, und sich dagegen verpflichtet, dort täglich zur Fortschaffung der Kohlen die nöthigen Wagen zu gestellen, sind — wie ein Aufsatz in der Ver. Zeit. von 1862 Nr. 17 mit Recht ausführt — keine unzulässigen Begünstigungen, vielmehr die Regelmäßigkeit des Güterverkehrs fördernde und dadurch gemeinnützige Einrichtungen.

führung des von ihr übernommenen Transports bedient, kann weder durch Reglements noch durch besondere Uebereinkunft ausgeschlossen werden.

401 Die solidarische Verhaftung mehrerer, den Transport mit
423 demselben Frachtbriefe streckenweise theilender Frachtführer ist rück-
429 sichtlich mehrerer sich aneinander anschließender Eisenbahnen dahin
beschränkbar, und durch das Reglement[44] dahin beschränkt,

> daß die erste und diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbriefe zuletzt übernommen; eine der in der Mitte liegenden Bahnen jedoch nur dann belangt werden darf, wenn der gerügte Schaden sich auf ihrer Bahn ereignet hat.

Auch in diesem beschränkten Maße schien den Eisenbahnverwaltungen die solidarische Verhaftung noch zu hart. Man glaubte sich Anfangs durch Ablehnung des direkten Güterverkehrs schützen zu müssen. Als derselbe dennoch in der Generalversammlung vom 10. Februar 1862 durch Annahme der Reglementsbestimmung (§. 1) gerettet wurde:

> Jede zum Vereine gehörende Eisenbahn übernimmt unter den Bedingungen dieses Reglements den Transport von Gütern von und nach allen für den Güterverkehr eingerichteten Stationen, ohne daß es behufs des Ueberganges der Güter von einer Bahn auf die andere einer Vermittelungs-Adresse bedarf;

geschah es mit dem Vorbehalte für jede einzelne Verwaltung, durch einen bis zum 1. Dezember 1862 eingereichten Antrag diese Bestimmung vom 1. April 1863 ab außer Wirksamkeit zu setzen; und mit dem Vorbehalte für die Generalversammlung des Jahres 1863, über die definitive Annahme dieser Bestimmung zu beschließen. Bis zum 1. Dezember 1862 ist zwar ein solcher Antrag eingegangen, über dessen Zurücknahme schweben jedoch Verhandlungen; und von der Generalversammlung des Jahres 1863 ist kein Beschluß zu fürchten, welcher die volkswirthschaftliche Bedeutung des Vereins zu Grabe trüge. Zum Glück ist hier — wie im Ganzen immer — das Interesse des Handelsstandes mit dem der Eisen-

---

44) §. 17. Der Rückgriff der Eisenbahnen untereinander ist ebenso wie der Rückgriff gegen die Beamten der Bahnen selbstverständlich frei. Hier ist derselbe noch ausdrücklich vorbehalten.

bahnen eng verbunden. Diese müßten ihre durch den nothwendigen Verkehr hinreichend erfüllten Räume erweitern, ihr Personal vermehren — zu einer überflüssigen Arbeit. Rechtsnachtheile kann ihnen die Bestimmung des Reglements nicht bringen. Vorausgesetzt auch, das Handelsgesetzbuch erstreckte sich nicht bereits auf die überwiegend meisten Punkte, an welchen die Bahnen des Vereins sich aneinander schließen, und eine Verwaltung machte von ihrer ungeschmälerten Vertragsfreiheit im Verhältniß zu den Befrachtern Gebrauch; so würde der Rückgriff von einer nach Handelsgesetzbuch zur Entschädigung verpflichteten Verwaltung gegen sie doch überall nach dem mit diesem Gesetzbuche in Einklang stehenden Reglement beurtheilt.

Nur die bezeichnete Solidarität der Eisenbahnen untereinander ist unvermeidlich. Gegen die Gemeinschaft mit anderen Frachtführern, welche das Gut zur Eisenbahn bringen oder von derselben übernehmen, verwahren sich die Verwaltungen in dem Reglement durch die zugelassenen Bedingungen:[45]

1. Frachtbriefe, mit welchen das Gut durch andere Frachtführer zur Eisenbahn befördert ist, werden auch als Beilagen zu den Eisenbahn-Frachtbriefen nicht angenommen; 401
2. Wird das Gut mit einem Frachtbriefe aufgegeben, in welchem als Ort der Ablieferung ein nicht an einer anschließenden Eisenbahn liegender Ort bezeichnet ist; so besteht die Haftpflicht der Eisenbahnen, als Frachtführer, nicht für den ganzen Transport, sondern nur für den Transport bis zu dem Orte, wo der Transport mittelst Eisenbahn enden soll. In Bezug auf die Weiterbeförderung treten nur die Verpflichtungen des Spediteurs ein; sofern der Absender nicht auch diese durch die Bestimmung ausschließt, daß das Gut an einem an der Eisenbahn belegenen Orte abgegeben werden, oder liegen bleiben soll. 430 431

Den Ausdruck „anschließende" Bahnen beanstandete bei der Berathung in Nürnberg der Abgeordnete von Hannover.[46] Man hielt ihn aufrecht, in der Meinung, daß er eine juristische Bedeutung habe, und auf die sich aneinander schließende Haftbarkeit der

[45]) §§. 5 Nr. 1. 20. 21.
[46]) Prot. S. 5115.

Bahnverwaltungen, nicht auf das Zusammentreffen ihrer Schienen
bezogen werden müsse. Der Wortlaut des Gesetzes ist dieser Aus-
legung nicht günstig, denn, obgleich die Bezeichnung „Eisenbahn,
Bahn" in der Ueberschrift des Abschnittes und im Verlaufe mehr-
fach auf die „Bahnverwaltung" angewendet ist, so konnte dies doch
431 nicht ausnahmslos geschehen, und läßt sich kaum annehmen, wo
430 von einem an „anschließenden Bahnen liegenden Orte" die Rede
ist. Dennoch ist der von allen Seiten beabsichtigte Erfolg erreicht.
Die Bahnverwaltungen treten mit keinem anderen Frachtführer in
solidarische Verhaftung. Die Reihe der für einander einstehenden
wird also durch Zwischenkunft eines selbstständigen Frachtführers
unterbrochen; nicht aber, wenn die Verwaltungen den Uebergang
der Güter durch ihre Leute bewirken lassen. Ihr Ermessen ist nur
gebunden durch ihren eigenen Vortheil. Wenn die abgebende Ver-
waltung durch Hereinziehung eines selbstständigen Frachtführers die
429 Reihe schließt, so bietet sie für den zurückgelegten Weg ihre Bahn,
als die letzte, für den folgenden die nächste Bahn, als die erste,
den Angriffen des Empfängers dar.

C.

395 Die Verpflichtung des Frachtführers für jeden Schaden an
423 den Gütern einzustehen, dessen Abwendung in seiner Macht
lag, ist, soweit das Gesetz gestattet, durch das Reglement beschränkt:
424 Die Eisenbahn haftet nicht für Schaden, welchem die Güter da-
durch ausgesetzt sind, daß sie

1. vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage u. s. w. erleiden;[47]

---

[47]) Ausgeführt ist diese Bestimmung im Reglement §. 22 dahin, daß nicht gehaftet werde, a) überhaupt: bei gefährlichen Substanzen, als Schwefelsäure, Scheidewasser und anderen ätzenden Gegenständen, b) für den Bruch: bei leicht zerbrechlichen Sachen, als Möbeln und Hausgeräth, Glas, Eisenguß, leeren oder gefüllten Krügen, Flaschen und Glasballons, Zucker in losen Broden u. s. w., c) für Leckage, d. h. Dringen der Flüssigkeiten durch die Fugen des Gebindes ohne äußerliche Beschädigung, d) für das Verderben: bei Flüssigkeiten und anderen Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniß übergehen, e) für das Einrosten: bei Metallwaaren, f) für Gewichtsverluste: bei frischen und gesalzenen Fischen, Austern und Südfrüchten.

2. nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedeckten Wagen,[48]
3. ungeachtet ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transporte erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung transportirt;
4. von dem Absender oder dem Empfänger auf- und abgeladen werden.[49]

Der durch die natürliche Beschaffenheit der Güter regelmäßig 426
herbeigeführte Verlust an Gewicht oder Maß ist bei vielen auf einen nicht zu vertretenden Normalsatz voraus bestimmt.[50] Derselbe muß, wenn mehrere Stück zusammen transportirt sind, und wenn das Gewicht oder Maß der einzelnen Stücke im Frachtbrief verzeichnet oder sonst erweislich ist, für jedes einzelne Stück besonders berechnet werden.[51]

Die Eisenbahn haftet auch nicht in Ansehung begleiteter Güter für den Schaden, dessen Abwendung durch die Begleitung bezweckt wurde.

In allen diesen Fällen wird vermuthet, daß ein Schade, welcher 425
aus der Seitens der Eisenbahn nicht übernommenen Gefahr ent- 426
stehen konnte, aus dieser auch wirklich entstanden ist. Der Nachweis, daß der Schade eine andere Ursache z. B. in dem Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute habe, ist zugelassen; ebenso der

---

48) Das Preuß. Regl. verweist auf den Tarif, in welchem die gewöhnlich in unbedeckten Wagen transportirten Güter verzeichnet sind, und bestimmt, daß bei solchen Gütern diese Art des Transportes für vereinbart gelte, wenn nicht durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbrief eine andere Art verlangt sei.

49) Im Reglement ist hier die selbstverständliche Verpflichtung des Absenders, beziehungsweise des Empfängers, welchem vertragsmäßig das Auf- und Abladen der Güter überlassen ist, hervorgehoben, den bei dieser Gelegenheit an den Fahrzeugen der Eisenbahn verursachten Schaden zu ersetzen.

50) Bei trockenen Gütern 1 %, bei nassen 2 %. Den letzteren werden nach Ver. Regl. §. 22 gleich behandelt: geraspelte und gemahlene Farbehölzer, Rinden, Wurzeln, Süßholz, geschnittener Taback, Fettwaaren, Seifen und harte Oele, frische Früchte, Tabacksblätter, Schafwolle, Häute, Felle, Leder, getrocknetes und gebackenes Obst; nach Preuß. Regl. auch: Thierflechsen, Hörner und Klauen, Knochen (ganz und gemahlen), getrocknete Fische, Hopfen, frische Kitte.

51) Es war bisher, wennschon nicht gerade von Eisenbahnen, bisweilen versucht worden, das Manko von der Summe der Stücke zu berechnen, und dadurch den Verlust ganzer Stücke (einzelner Weinfässer) zu entschuldigen.

Nachweis, daß der bestimmte Normalsatz der natürlichen Beschaffenheit des Gutes oder den sonstigen Umständen des Falles nicht entspreche.

393 Die Eisenbahn verwahrt sich überdies — hierin vom Gesetze nicht gehindert — gegen die Prüfung der zur zoll- oder steueramtlichen Behandlung erforderlichen Begleitpapiere und gegen jede Vertretung eines bei Annahme von Gut ohne Begleitpapiere oder mit unzulänglichen Papieren etwa vorgekommenen Verschuldens.[52]

D.

396 Das Maß des Ersatzes, welchen die Eisenbahnverwaltungen
397 zu leisten haben, — sofern nicht ihre oder ihrer Leute bösliche
283 Handlungsweise diese Begünstigung ausschließt —, ist mit Be-
423 willigung des Gesetzes im Voraus bezeichnet:
427 1. Bei Verlust[53] und Beschädigung wird der gemeine Handelswerth oder der gemeine Werth nicht höher als 20 Thaler für den Zentner angenommen, wenn der Versender nicht an der dazu bestimmten Stelle im Frachtbriefe eine höhere Summe deklarirt hat. Ist dies geschehen, so wird gegen eine besondere Vergütigung der wirkliche Schade bis zum deklarirten Betrage vertreten, beziehungsweise bis zu einem verhältnißmäßigen Theil desselben.[54]

2. Bei verspäteter Lieferung[55] übersteigt der Schadensersatz

---

52) Ver. Regl. §. 6.

53) Als in Verlust gerathen wird das Gut erst vier Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit betrachtet. Ver. Regl. §. 19.

54) Der deklarirte Betrag wird nach dem Ver. Regl. §. 23 als Maximalsatz angenommen. Die Eisenbahn-Expedition ist nach §. 5 Nr. 3 befugt, die Uebereinstimmung des Frachtbriefes mit dem aufgegebenen Gute in Gegenwart des Absenders oder Empfängers oder nöthigenfalls in Gegenwart von mindestens zwei Zeugen nach dem Inhalt zu prüfen, aber nicht verpflichtet. Man kann daher nicht sagen, daß wenn die Eisenbahn dies unterlasse, der deklarirte Werth einstweilen als der wahre gelten und die Eisenbahn den etwaigen Minderwerth beweisen müsse; in §. 23 Nr. 1 des Regl. ist auch allgemein der Nachweis des Werthes vom Beschädigten gefordert — nicht ohne triftigen Grund, denn dieser Beweis wird für den rechtlichen Empfänger beziehungsweise Absender leicht sein; die Eisenbahn würde den Gegenbeweis nur mit den größten Schwierigkeiten führen können.

55) Jede Bahn publizirt Lieferfristen. Durch deren Zusammenrechnung ergiebt sich die Lieferzeit für den bestimmten Transport. Der Tag des Vertrags-
328 abschlusses wird nicht gezählt. Ver. Regl. §. 12. Oben §. 70.

nicht die Frachtgelder für die Transportstrecke derjenigen Eisenbahn, auf welcher die Versäumniß vorgekommen ist, wenn der Versender nicht einen bestimmten Betrag als sein Interesse angegeben hat. In diesem Falle steht die Eisenbahn gegen einen Frachtzuschlag bis zu dem deklarirten Betrage für den nachgewiesenen Schaden.

E.

Von dem Erlöschen der Ansprüche durch Annahme des 408
Gutes und Bezahlung der Fracht bleiben diejenigen wegen äußer- 423
lich nicht erkennbarer und erst später entdeckter Mängel ausgenommen; dieselben müssen aber, wie die Eisenbahnen in Ausübung einer gesetzlichen Befugniß sich vorbedingen, spätestens 428
innerhalb vier Wochen bei der Eisenbahnverwaltung schriftlich angemeldet werden.[56]

Die einjährige Verjährung der Klagen und Einreden wird 408
durch eine solche Anmeldung nicht unterbrochen.

II. In Betreff der Beförderung von Personen, Reisegepäck, Leichen, Equipagen und Thieren

erwartet das gemeine Eisenbahnrecht seine Vollendung. Bis zum Erlasse eines neuen gilt das Reglement von 1857 für den Vereinsverkehr mit mannigfachen Abweichungen bei den einzelnen Eisenbahnen, soweit die Vorschriften des Handelsgesetzbuches nicht entgegenstehen.

A.

Den Personentransport auf Eisenbahnen befaßt das Ge- 390
setzbuch nicht unter dem Abschnitte vom Frachtgeschäft; aber nach 272
Handelsrecht muß er beurtheilt werden:

Nach Seerecht haftete schon vor dem Gesetzbuche der Frachtführer unstreitig für allen Schaden, welcher bei der Beförderung entstand, sofern er nicht nachwies, daß dessen Abwendung außer seiner Macht lag. Das Gesetzbuch bestätigte diesen Grundsatz nicht 607
nur für das Seerecht, sondern übertrug ihn ausdrücklich auf jeden 674
Transport von Gütern. Dieser Grundsatz entspricht also dem Geiste 395
des Gesetzbuches. Man ist genöthigt, ihn auf den Personentrans- 423

---

[56]) Ver. Regl. §§. 19. 24.

port anzuwenden. In dessen Wesen liegen keine Verschiedenheiten, welche eine abweichende Beurtheilung rechtfertigten. Auch die neueren Deutschen Gesetzgebungen und die Wissenschaft behandelten die Haftpflicht für den Personentransport nicht besonders. Diese erleiden um so weniger Zwang, als jener Grundsatz in der Hauptsache bereits der ihrige war. Die gemeinrechtliche Lehre ließ den Frachtführer unbedingt für seine Leute haften, und legte ihm den Beweis auf, daß er den Schaden bei aller Sorgfalt nicht habe abwenden können;[57] sie ist also zutreffend ausgedrückt in §. 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838:

> Die Eisenbahn ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn, an den auf derselben beförderten Personen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten, oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadensersatz befreiender, Zufall nicht zu betrachten.

Die Oesterreichischen Gesetze führen zu demselben Resultat.[58] Das Handelsgesetzbuch weicht von diesem früheren gemeinen Rechte nur darin ab, daß es an Stelle des „unabwendbaren äußeren Zufalles" die „höhere Gewalt" setzt. Eine Unterscheidung beider Begriffe ist immer schwierig, bei der Vertretung von Körperverletzungen aber ganz unmöglich.

Nicht hierher zu ziehen sind die beim Gütertransporte festgesetzten Grenzen der Vertragsfreiheit. Diese unterliegt hier nur den

---

[57]) Koch, Deutschl. Eisenb. II, §. 5. Goldschmidt, Haftpflicht der Eisenb. a. a. O., auch die von beiden angeführten Entscheidungen des Oberhofgerichts zu Mannheim, des Appellationsgerichts für Oberbayern, des Stadtgerichts zu Frankfurt a. M., der Juristenfakultät zu Halle.

[58]) Die Oesterr. Betriebs-Ordnung vom 16. November 1851 lautet in §. 19: Die Betriebsunternehmungen haften für die durch eigenes Verschulden ihrer Beamten und Diener an Personen und Sachen zugefügten Beschädigungen: 1. im Sinne der eingegangenen Verbindlichkeit und nach den über diese Haftung bestehenden besonderen gesetzlichen Anordnungen; 2. in Ermangelung solcher nach den Bestimmungen des a. b. G. B. über Schadensersatz. Aus §. 1298 G. B. ergiebt sich auch die oben ausgesprochene Beweisregel. Vergl. Michel a. a. O. S. 167.

Beschränkungen durch allgemeine Rechtsgrundsätze. Ueber seine Gliedmaßen darf Niemand markten. Es darf sie Niemand billiger lassen, als sie das Gesetz veranschlagt. Jeder Vertrag, der dies unmittelbar, durch Beschränkung eines etwaigen Ersatzanspruches, z. B. auf die Kurkosten, oder mittelbar, durch Aenderung der Beweislast zum Nachtheil des Beschädigten, bezweckt, ist gegen die guten Sitten, also unverbindlich.

Daß verspätete Abfahrt oder Ankunft der Züge keinen Anspruch gegen die Eisenbahnverwaltungen begründe, darf bedungen werden, und ist in dem Vereinsreglement auch ausgesprochen. Die Bahnen nehmen die bekannt gemachten Zeiten der Abfahrt und Ankunft -- was ihnen freisteht — nicht in die Verabredungen des Passagevertrages auf. Bei ihrem augenscheinlichen Bestreben, dieselben einzuhalten, und bei der Unberechenbarkeit von Hindernissen, welche dennoch, insbesondere auf längeren Strecken, eine Verzögerung herbeiführen können, ist dies keine übertriebene Begünstigung.

B.

Reisegepäck, Equipagen, Thiere, auch Leichen gehören, weil ihnen die Möglichkeit des eigenen Willens fehlt, begriffsmäßig zu den Sachen, und unterliegen, sofern sie auf den Eisenbahnen befördert werden, den Regeln des Gesetzbuches vom Frachtgeschäft. Das zu erwartende neue Vereins-Reglement wird sich denselben anschließen müssen, und daher im Wesentlichen mit dem Preußischen Reglement vom 17. Februar 1862 übereinstimmen, welches, auf Grund des Gesetzbuches erlassen, die im Reglement für den Güterverkehr festgesetzte Haftpflicht, jedoch mit folgenden Maßgaben, beibehält:

1. Bei Reisepäck, welches zum Transporte aufgegeben und nicht 425
von dem Reisenden in eigener Aufsicht mitgenommen ist:
   a) der Vertrag wird durch Aushändigung des Gepäckscheins abgeschlossen.[60] Mit diesem Zeitpunkt beginnt die Vertretung;

[59]) Preuß. Regl. §§. 47—49. 55. 62. 52.

[60]) Auch hier wird die Wirksamkeit des Reglements in der Regel nicht mehr bezweifelt werden können, sobald man statt „Aushändigung" „Annahme" setzt, und sofern der Gepäckschein, wie üblich, auf das Reglement verweist. Allerdings ist auch das Wort „Aushändigung" dahin zu verstehen, daß dieselbe erst durch

b) für Verlust wird nur gehaftet, wenn das Gepäck binnen längstens drei Tagen nach der Ablieferungszeit von der Gepäck-Expedition am Bestimmungsorte abgefordert wird;

c) als in Verlust gerathen ist das Reisegepäck erst 8 Tage nach Ablauf der Lieferungszeit (d. h. nach Ankunft des Zuges am Bestimmungsorte und nach Ablauf der zur ordnungsmäßigen Ausladung sowie zur etwaigen steueramtlichen Abfertigung erforderlichen Zeit) zu betrachten;

d) der Handelswerth, beziehungsweise der Gemeinwerth des Reisegepäcks wird nicht höher als 2 Thaler für das Pfund angenommen, insofern ein höherer Werth nicht ausdrücklich bei der Aufgabe deklarirt ist;

e) der durch Versäumung der Lieferzeit entstandene Schaden wird nur mit 1 Sgr. für jeden angefangenen Tag der Versäumniß und jedes Pfund des ausgebliebenen Gepäckes vergütigt, wenn nicht bei der Aufgabe des Gepäckes ausdrücklich ein bestimmter Betrag als das Interesse der rechtzeitigen Lieferung angegeben ist.

2. Bei Equipagen wird, sofern kein höherer Betrag deklarirt ist, vergütigt:

427 a) der Handelswerth, beziehungsweise der gemeine Werth höchstens mit 300 Thlr. für das Stück,

b) die Versäumniß bei unbegleiteten Equipagen nach den Bestimmungen für Frachtgut, bei begleiteten höchstens mit 10 Thlr. für jede Equipage und jeden angefangenen Tag.

424 3. Bei lebenden Thieren haftet die Bahn überhaupt nicht für den Schaden, welcher aus der mit dem Transporte der Thiere für dieselben verbundenen besonderen Gefahr entsteht. Das höchste Maß der zu gewährenden Entschädigung ist, vorbehalt-

---

den Willen des Empfängers vollendet wird. Es kann nicht Absicht des Reglements sein, diesem die Prüfung des Gepäckscheins abzuschneiden. Lesensunkundige freilich werden auch durch die Annahme des Scheines nicht an die Verabredungen gebunden, welche vom H. G. B. abweichen. Für das Gebiet des Gesetzbuches kommt die l. 11 §. 3 Dig. de instit. act. (14, 4): „Certe si quis dicat, ignorasse se literas — non audietur." nicht zur Anwendung: Das Einverständniß der Kontrahenten ist zu erforschen (oben §. 38). Ebenso wird in England und Amerika entschieden. Vergl. Goldschmidt in s. Zeitschr. 4, S. 603.

lich der Deklaration, für die verschiedenen Thiere vorausbestimmt.[61]

4. Die Beförderung von Leichen wird nur mit einem Begleiter und in einem besonders dazu gemietheten verschließbaren Güterwagen zugelassen, vorausgesetzt, daß die polizeiliche Erlaubniß nachgewiesen, und die Leiche in einem Kasten luftdicht verschlossen ist.

Sechster Titel.

Von Kreditgeschäften.[1]

§. 150. Der Handel kann sich nicht darauf beschränken, vertragsmäßige Leistungen behutsam auszuwechseln. Wer vorleistet, giebt Kredit. Uebereinkommen, welche ihn zum Gegenstande haben, sind Kreditgeschäfte. Diese können anderen Rechtsgeschäften hinzutreten, wie bei dem Kaufe auf Kredit, oder ihnen vorausgehen, wie bei der Krediteröffnung und dem Kontokurrentvertrage.[2] Sie können aber auch selbstständige Geschäfte sein, die sich durch Geben und Nehmen eines Kredits unmittelbar vollziehen.

Hier kommt hauptsächlich das Darlehn in Betracht, das ist: die Hingabe vertretbarer Gegenstände zum Eigenthume mit der Verpflichtung, künftig ebensoviel von derselben Art zurückzugeben. Was vertretbar sein soll, bestimmen die Kontrahenten. Allgemein ver-

---

[61]) Ein Pferd = 150, ein Mastochse = 70, ein Haupt Rindvieh = 50, ein Kalb = 6, ein Mastschwein = 20, ein mageres Schwein = 8, ein Ferkel = 2, ein Schaf oder eine Ziege = 4, ein Hund = 2, ein Zentner sonstiger Thiere = 10 Thaler.

[1]) v. Savigny, System 5, Beil. XIV, die Kondiktionen. Heimbach, die Lehre vom Kreditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (Leipzig 1849). H. R. Heise §. 17. Brinkmann §. 91. Pöhls §§. 122 ff. Thöl (dessen 4. Auflage, Göttingen 1862, jetzt vorliegt) §§. 100 ff. Pardessus 468 ff. D. P. R. Beseler §. 231. Knies, Erörterungen über den Kredit in der Zeitschr. für die gesammte Staatswissenschaft 13, S. 561—590. Creizenach, der kaufmännische Kontokurrent, der Kreditvertrag und das kaufmännische depositum irregulare im Arch. f. d. prakt. Rechtswissensch. 4, S. 31—75. Endemann, der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte bei Goldschmidt 4, S. 30—81 und S. 191—246. Oben §. 57.

[2]) Oben §§. 117. 66 (S. 112). 75.

tretbar ist Geld. Geld vertritt auch die anderen Sachen, und nicht allein, wenn deren Rückgabe unmöglich wurde: Der Handelsstand berechnet bei jedem Geschäft den Geldeswerth. Dies ist wichtig, wenn die Preise schwanken, besonders bei Werthpapieren. Diese werden regelmäßig zum Tageskurse dargeliehen. Eine Abrede, daß ebensoviel Papiere derselben Art zurückgegeben werden sollen, erscheint nicht als reines kaufmännisches Darlehn.[3] Der Gläubiger müßte die Papiere auch bei schlechteren Kursen wiedernehmen. Er hätte die Benutzung günstiger Zwischenkurse dem Empfänger überlassen; schwerlich ohne besondere Vergütigung. Dennoch wird nicht immer aus dem Maße des gesammten Entgeltes auf die Absicht[4] der Kontrahenten zu schließen sein, denn der Gebrauchswerth keines Kapitals ist fest, und der mit diesem in den Darlehnszinsen[5] vereinigte Preis des Kredites wechselt nach dem Urtheile über die Sicherheit des Schuldners.

Vom Darlehn nur durch die Veranlassung verschieden ist das Depositogeschäft (depositum irregulare): der Empfänger sucht nicht Kredit, er wird ihm angeboten. Der Geber will seine Werthe sicher aufbewahrt und zur Verfügung haben. Der Beutel muß offen sein, wenn der Bankier daraus zahlen soll. Das unverschlossene Geld vermischt sich mit dem seinigen, und arbeitet in seinem Dienste. Er darf den Vortheil des fremden Geldes nicht allein genießen. Auch dies Depositum trägt also Zinsen, nur sind sie niedriger als beim Darlehn, weil für den unverlangten Kredit kein Preis gezahlt wird. Dies Geschäft weicht, wie das Darlehn, von dem eigentlichen Depositum des Zivilrechts ab. Bei diesem kommt es auf Rückgewähr bestimmter Gegenstände an, welche im Eigenthume des Niederlegers verbleiben, — auch wenn der Empfänger

---

[3]) Eine Verabredung, daß der Nennwerth der dargeliehenen Papiere erstattet werde, enthält nach Umständen und Landesrechten einen Verstoß gegen die Wuchergesetze (z. B. in Preußen nach Deklar. vom 4. April und 28. Dezember 1811; vergl. v. Rönne, Ergänz. zu §. 793, Tit. 11, Th. I A. L. R.), ist jedoch bei
292 Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, im Gebiete des H. G. B. zugelassen.

[4]) Die Absicht ist zu ermitteln. Kuntze, Inhaberp. S. 697, ist damit einverstanden, will aber die Auslegung des Richters an den Unterschied binden, ob die Papiere Börsenkurs haben, und in diesem Falle überhaupt nicht annehmen, daß man Rückgewähr gleicher Papiere beabsichtigt habe (S. 699).

[5]) Oben §. 63.

in Konkurs verfällt. Beim Depositogeschäft ist der Verbrauch gestattet. Der Empfänger verschuldet nur den Werth. Jedes Depositum kann durch Uebereinkunft in ein Darlehn oder in ein uneigentliches Depositum verwandelt werden. Welches Geschäft gewollt sei, ist Sache der Auslegung. Diese hat also auch die Frage zu lösen, ob deponirte Werthpapiere in die Verfügung des Empfängers treten.[6] Man kann nicht sagen, daß eine Vermuthung dagegen sei. Die im Handelsstande geläufige Betrachtung aller Güter als Werthe, welcher auch das Gesetzbuch durch sein kaufmännisches Zurückbe- 313
haltungsrecht ein Zugeständniß machte, wird im Zweifel den vollzogenen Umsatz wenigstens vor dem Strafrichter entschuldigen; denn diesem ist eine fahrlässige Unterschlagung nicht bekannt.[7] Dem Handelsrichter ist dadurch nicht vorgegriffen; aber den Niederleger beschränkt die Veräußerung der Papiere auf einen von ihm zu erweisenden Geldanspruch. Nicht minder trifft ihn der Beweis eines angeblichen Rechtes auf einen früheren Tageskurs, wenn der Empfänger auf Wiederabnahme der Papiere dringt. Er muß sich also für jeden Fall durch sorgfältige Auswahl des Empfängers und durch deutlichen Ausdruck seiner Absicht vorsehen.

Bei **Verpfändung** von Werthpapieren gilt dasselbe. Die Uebereinkunft entscheidet. Deren Inhalt zu erforschen, ist häufig, wenn auch der Strafrichter nicht damit befaßt wird, die schwierige Aufgabe des Handelsrichters.

---

[6]) Vergl. außer den oben in §. 88 Note 33 Angeführten: **Auerbach** bei Siebenhaar 11, S. 364 ff.

[7]) Hierdurch rechtfertigt sich das Nichtschuldig des Gerichtshofes zu Douai vom 21. April 1862 in dem viel besprochenen Prozesse gegen Mirès.

Nachträge.

Zu §. 3. Im Verlaufe der Bearbeitung und des Druckes erschienen auch die Einführungsgesetze von Waldeck, Koburg, Schwarzburg-Sondershausen, Sachsen-Meiningen, Bernburg, Großh. Hessen, Baden (6. Aug. 62), Weimar, meist abgedruckt im Central-Organ des Deutschen Handelsstandes. Die verheißene Ausgabe von Lutz ist noch sehr im Rückstande. Neuerdings erschien auch das Oesterreichische Einführungsgesetz für die vier ersten Bücher des Handelsgesetzbuchs v. 17. Dezember 1862 (R. G. B. v. 63 Nr. 1).

Zu §. 5.

Während des Druckes erschienen:

Die vierte Auflage des ersten Bandes von Thöl, das Handelsrecht (Göttingen 1862. 671 S.), welcher die Bestimmungen des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs beigefügt sind;

der gediegene Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche von Dr. Friedrich von Hahn, Oberappellationsgerichtsrath und ordentlichem Professor der Rechte in Jena, 1. Bd. 1. Abth. Das erste Buch des Handelsgesetzbuchs (Braunschweig 1862. 203 S.);

das Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handelsrechts, herausgegeben von dem Freiherrn, Ritter Dr. Franz v. Raule, Präsidenten des K. K. Handelsgerichts zu Wien, von Dr. Carl von Gerber, Oberappellationsgerichtsrath und ordentlichem Professor der Rechte in Jena, und von

F. B. Busch, Appellationsgerichts-Präsidenten a. D. in Sondershausen, erster Band, Heft 1 (Leipzig 1862)

und wurde der Kommentar von v. Kräwel vollendet.

Zu erwähnen ist auch das vom Landgerichts-Assessor Dr. Georg Löhr seit Anfang 1862 zu Köln herausgegebene Centralorgan des Deutschen Handelsstandes, eine Sammlung des Inhalts der Handelsregister; der über den Handel erscheinenden Gesetze; gerichtlicher Entscheidungen in Handelssachen; und theoretisch-praktischer Erörterungen über Handels- und Wechselrecht.

Zu §. 7 Note 19. Daß Apotheker Kaufleute sind, führt auch Heimsöth in dem Centralorgan 1, S. 141 ff. aus.

Zu §. 8 Note 31. Oesterr. Einf. Ges. §§. 38 ff.

Zu §. 9 Note 2. Das Oesterr. Einf. Ges. bestimmt in §. 7 für Wien und Umgegend, sodann nach den Bevölkerungszahlen der Orte Steuersätze, von denen ab der besteuerte Betrieb als kein geringer betrachtet werden soll.

Zu §. 12 Note 26. Nach Oesterr. Einf. Ges. §. 6 kann die Einwilligung des Mannes durch den Richter ergänzt werden, „wenn sich ergiebt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind.“

Zu §. 15 Note 42. Auch das Oesterr. Einf. Ges. §. 16 verordnet, daß die der Ehefrau eines eingetragenen Kaufmannes durch Ehepakt eingeräumten Vermögensrechte — um den Handelsgläubigern gegenüber wirksam zu sein — eingetragen werden müssen. Der Tag der Eintragung entscheidet.

Zu §. 17 Note 52. Nach Oesterr. Einf. Ges. §§. 19. 20 tritt die gesetzliche Beweiskraft der Handelsbücher auch gegen Nichtkauf- 34
leute, aber nur auf die Dauer von $1\frac{1}{2}$ Jahr seit Entstehung der betreffenden Forderung ein; und beweisen die Bücher solcher Kaufleute, welche einen geringen Betrieb haben, wie diejenigen der größeren Kaufleute, jedoch ebenfalls nur auf $1\frac{1}{2}$ Jahre.

Zu §. 18. Nach Oesterr. Einf. Ges. §. 24 erlischt das Recht des Prinzipals, in das Geschäft des Prokuristen einzutreten, nach drei Monaten vom Zeitpunkt der Kenntnißnahme ab.

Zu §. 20 Note 61. Das Oesterr. Gesetz v. 26. Febr. 1860 ist, ebenso wie das Gesetz über die Wiener Geldbörse v. 11. Juli 1854,

soweit das Handelsgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthält, durch Oesterr. Einf. Ges. §. 28 außer Kraft gesetzt.

Zu §. 113 Note 44. Das nach dem Reindrucke dieser Note eingetroffene erste Heft des Neuen Archivs 4 bringt S. 99 ein Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 12. April 1862, worin dieses, seine frühere Ansicht ändernd, dem Verkäufer ohne Unterschied, ob er klagt oder verklagt wird, den Beweis der Erfüllung auferlegt.

Sachregister.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

A.

F.

L.

Q.

R.

Berichtigungen.

Seite 9 Zeile 4 statt: andere bewegliche lies: anderen beweglichen.
» 9 Anmerkung 16 Zeile 2 statt: Erwerbes lies: Erwerbers.
» 9 » 16 statt: Motive Nr. lies: Motive S.
» 11 » 26 a. E. statt: Nr. 3 lies: Nr. 4.
» 20 die Anmerkungs-Nummer 10 ist auf die folgende Zeile hinter Minderjährige zu setzen.
» 25 Anmerkung 36 statt: Friedrich lies: Friedreich.
» 38 bei Nr. 3 statt: §. 175 lies: 173.
» 41 Zeile 4 statt: Gesellschaften lies: Gesellschafter.
» 42 » 20 » sie » er.
» 43 » 17 » Gesellschaften » Gesellschafter.
» 48 Anmerkung 16 Zeile 1 vor „drei Monate" ist „bis" einzuschalten.
» 52 vorletzte Zeile statt: gedeckt lies: vermindert.
» 54 statt der Randartikel 217—232 lies: 227—232.
» 76 Zeile 6 statt: ihre lies: ihrer.
» 78 die Anmerkungs-Nummer 23 ist hinter das Wort Antrag des vorhergehenden Absatzes zu setzen.
» 99 Zeile 29 statt: seines lies: des.
» 112 » 23 » Zedent lies: Zessionar.
» 127 Anmerkung 68 Zeile 3 statt §. 48 lies: §. 98.
» 142 Zeile 18. 19 statt: derselben lies: desselben.
» 148 Anmerkung 15 Zeile 14 statt: on lies: ont.
» 163 Zeile 6 statt: es lies: er.
» 175 » 13 » welchem lies: welchen.
» 175 Anmerkung 74 statt: (v. 6 S. lies: (46 S.
» 178 » 79 » 269 Tit. 9 lies: 569 Tit. 9.
» 194 die Anmerkungs-Nummer 114 ist Zeile 10 hinter zurückzuhalten zu setzen.
» 211 » 18 » Ladescheine lies: Lagerscheine.
» 216 Anmerkung 37 hinter „§§. 54 f." zu setzen: Tit. 5.
» 242 » 81 statt: §§. 313. 343 lies: §§. 213. 343.

Berlin, Druck von Gustav Schade, Marienstr. 10.